Heft 3 [161] 64. Jahrgang 19. Januar 1935

Juristische Wochenschrift

Organ
der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und des Reichs-Rechtsamts der NSDAP.: Amt für Rechtsbetreuung des Deutschen Volkes

Herausgegeben von dem Reichsfachgruppenleiter Rechtsanwalt **Dr. Walter Raeke**, M. d. R., unter Mitwirkung der Mitglieder des Reichsfachgruppenrates:
Rechtsanwälte **Dr. Droege**, Hamburg; **Dr. Mößmer**, München; Prof. **Dr. Erwin Noack**, Halle a. S.; **Dr. Römer**, M. d. R., Hagen; **Dr. Rudat**, Königsberg/Pr.; **Wilh. Scholz**, Berlin, und Patentanwalt **Dr. Ullrich**, Berlin

Schriftleitung: Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Fernruf Kurfürst B 1, 3718

Verlag: **W. Moeser Buchhandlung**, Inh.: Oscar Brandstetter, **Leipzig C 1**, Dresdner Straße 11/13
Fernsprecher Sammel-Nr. 72566 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postscheckkonto Leipzig Nr. 63673
Geschäftsstelle in Berlin SW 48 Hedemannstr. 14. Fernsprecher Bergmann 217

Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten

Von Landgerichtsrat Dr. Rudolf Pohle, im Reichs- und Preußischen Justizministerium, Berlin

I. Allgemeine Bedeutung

Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934 (RGBl. I, 1234) verdient nicht so sehr wegen der Zahl der Fälle, in denen es zur Anwendung kommen wird, als wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung besondere Beachtung.

Sein Geltungsbereich ist allerdings sehr weit. Es erstreckt sich auf alle gerichtlichen Zwangsvollstreckungen ohne Rücksicht auf die Art des beizutreibenden Anspruchs (Geldforderung, Herausgabeanspruch — insbes. die Räumungsvollstreckung — usw.) und den Gegenstand, in den vollstreckt wird (bewegliche Sachen, Forderungen, Grundstücke usw.). Gleichwohl wird das Gesetz nur in Einzelfällen, die außergewöhnlich liegen, Anwendung finden. Schon seine amtliche Erläuterung gibt gleich an ihrem Eingang (Deutsche Justiz 1934, 1605) zu erkennen, daß es für „Einzelfälle" geschaffen ist. Auch der Zeitpunkt, in dem es erlassen wurde, spricht hierfür. Jede die Gesamtheit der Vollstreckungen erheblicher berührende gesetzgeberische Maßnahme kann für das Wirtschaftsleben nachhaltige Folgen haben und muß deshalb entweder den augenblicklichen wirtschaftlichen Verhältnissen angepaßt sein — als Beispiel sei hier nur auf die im Laufe der Jahre wiederholt vorgenommene Änderung der Pfändungsgrenze für Lohn, Gehalt und ähnliche Bezüge verwiesen — oder dem Richter ein Mitgehen mit der wirtschaftlichen Entwicklung gestatten, wie dies z. B. beim Grundstücksversteigerungsschutz nach §§ 5 f. der VO. v. 26. Mai 1933 der Fall ist (vgl. Jonas, Das Zwangsvollstreckungsnotrecht, 9. Aufl., S. 44, Bem. 4 zu § 5). Die zahlreichen gesetzgeberischen Maßnahmen auf diesem Gebiet im Verlauf des Jahres 1934 zeigen deutlich, daß Schritt um Schritt mit der unverkennbaren Besserung der Wirtschaftslage, mit der Auswirkung der Entschuldungsmaßnahmen für die Landwirtschaft, den Erfolgen der Arbeitsschlacht usw. der bestehende Vollstreckungsschutz des geltenden, notgedrungen starren Notrechts abgebaut und in nachgiebigere, auch die Gläubigerseite mehr beachtende dauerrechtliche Bestimmungen umgewandelt wurde. Die letzte tiefgreifende Umgestaltung brachte das Ges. zur Änderung von Vorschriften über die Zwangsvollstreckung v. 24. Okt. 1934 (vgl. die Abhandlung von Volkmar: JW. 1934, 2821 f.). Der Abbaugedanke trat dabei vor allem durch die Beseitigung der in § 18 der VO. v. 26. Mai 1933 bisher vorgesehenen Möglichkeit, Pfändungen gewisser beweglicher Sachen aufzuheben, durch die Senkung der Pfändungsgrenze bei Lohn-, Gehalts- und ähnlichen Forderungen und durch das scharfe Vorgehen gegen Lohnschiebungen in Erscheinung. Jenes Gesetz wollte ausgesprochen das Vollstreckungsrecht der gegenwärtigen Wirtschaftslage anpassen (vgl. die amtliche Erläuterung, Deutsche Justiz 1934, 1364 f.). Das hier behandelte Gesetz wirkt praktisch wie eine Schuldnerschutzvorschrift. Daß in der kurzen Zwischenzeit bis zu seiner Vorbereitung und seinem Erlaß keine nennenswerte Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse eingetreten ist, jedenfalls sich nichts ereignet hat, was für eine Verstärkung des bestehenden Schuldnerschutzes spräche, bedarf keiner näheren Begründung. Dies muß man sich stets vor Augen halten, um das Gesetz richtig beurteilen zu können. Einmal ist für seine Anwendung im Einzelfall die Erkenntnis wesentlich, daß es nicht zu einer zahlenmäßig für die Gesamtwirtschaft erheblichen Beschränkung von Vollstreckungen führen will. Gleichzeitig ergibt sich, daß sein Grundgedanke nicht wirtschaftlichen Erwägungen entspringt. Auch die Fassung des Gesetzes selbst zeigt dies. Das Vollstreckungsgericht wird ermächtigt, solchem Vorgehen von Gläubigern entgegenzutreten, das „eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte" darstellt. Wenn bei der Prüfung alle Umstände des Falles zu berücksichtigen sind, wird gewiß auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten einzugehen sein, aber das allein Ausschlaggebende sind sie nicht. Die Voraussetzungen begrenzen den sachlichen Anwendungsbereich überdies so, daß auch bei Vermeidung aller Engherzigkeit und aller formalen Erwägungen, die hier gewiß nicht am Platze sind, das Gesetz nur in Einzelfällen praktisch wird. Die Wendung in Abs. 1 „— auch wenn ihnen sonstige gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen —" enthält schließlich mittelbar einen Hinweis auf die zahlreichen, oben z. T. bereits erwähnten Schuldnerschutzvorschriften, die schon von sich aus unbilligen Härten bei der Zwangsvollstreckung vorbeugen. Das

neue Gesetz ist also ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der ergänzend neben oder, besser gesagt, hinter den sonstigen Schuldnerschutzvorschriften steht. Zweckmäßig wird stets zunächst zu prüfen sein, ob diese einschlagen, und erst bei deren Versagen, ob die Anwendung des neuen Gesetzes gerechtfertigt ist.

Es wäre aber verfehlt, die Bedeutung eines Gesetzes nur nach der Zahl der Lebensvorgänge, auf die es Anwendung findet, zu beurteilen. Selbst ein Einzelfall, dessen Entscheidung nach den bestehenden Gesetzen zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt, kann u. U. einen so starken, der Vernunft und dem rechtlichen Empfinden hohnsprechenden Zwiespalt zwischen geschriebenem Recht und dem als gerecht Empfundenen offenbaren, daß das Vertrauen zu den bestehenden Gesetzen und zur Rechtspflege überhaupt in seinen Grundlagen erschüttert wird. Schon das Ansehen der Rechtsordnung und des neuen Staates, der sie gestaltet, fordert, daß auch für solche Fälle die Möglichkeit einer gerechten Entscheidung geschaffen wird, und die Rücksichtnahme auf die einzelnen betroffenen Volksgenossen verlangt dies ebenso. Gewiß werden oft die Belange des Einzelnen, wenn sie in Widerspruch mit gewissen notwendig formalen und u. U. auch zu Härten führenden gesetzlichen Bestimmungen treten, dem Interesse der Volksgesamtheit an der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit durch Einhalten der gesetzten Ordnung hintangestellt werden müssen. Ich denke hier z. B. an die verfahrensrechtlichen Bestimmungen über die Fristen zur Einlegung von Rechtsmitteln. So würde es sich nicht rechtfertigen lassen, ein Rechtsmittel nach Ablauf der vorgesehenen Frist allein deshalb noch zuzulassen, weil der durch die inzwischen unanfechtbar gewordene Entscheidung Beschwerte vielleicht ohne eigene Schuld, nur durch ein Versehen seines Prozeßvertreters, die Frist versäumt hat und von seinem Prozeßvertreter keinen Ersatz für den dadurch eingetretenen Schaden erlangen kann. Aber Grausamkeiten, Entscheidungen, gegen die sich das sittliche Empfinden einfach sträubt, muß eine Rechtsordnung selbstverständlich entgegentreten. Dem steht auch die Rechtssicherheit im Sinne der Berechenbarkeit künftiger gerichtlicher Entscheidungen nicht entgegen. Sicher wird der Wunsch nach derartiger Rechtssicherheit auch bei der zukünftigen Gestalt der Rechtsordnung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Gesamtwirtschaft eine nicht unwesentliche Rolle spielen und manches Mal nur den Einzelfall betrachtende Billigkeitserwägungen zurückdrängen. In Fällen der hier in Frage kommenden Art, wo es sich nur um besonders schwere Unbilligkeiten handelt, kann aber der einzelne Gläubiger sich nicht darauf berufen, daß er sich im Rahmen der sonstigen gesetzlichen Bestimmungen gehalten habe und in dem Vertrauen auf die Gesetzmäßigkeit seines Verhaltens nicht enttäuscht werden dürfe; denn sein Billigkeitsgefühl müßte ihm von selbst sagen, daß Rücksichtnahme hier am Platze wäre. Auch eine Berufung auf unzureichende Kenntnis des Sachverhalts, aus dem sich die Anfechtbarkeit der Vollstreckung ergibt, würde nicht durchschlagen; denn es ginge gewiß zu weit, vom Gesetzgeber eine bewußte Nichtachtung der tatsächlichen Lage des Einzelfalles, ein gewaltsames Pressen verschiedenartiger Lebensvorgänge, die sich nur in Äußerlichkeiten gleichen, unter eine Norm zu verlangen, um auch für grobe Unbilligkeiten die Vorhersehbarkeit der Entscheidung sicherzustellen. Seine grundsätzliche Bedeutung gewinnt das Gesetz erst hierdurch: Es gibt dem Gedanken der Billigkeit an einer wichtigen Stelle vor dem einer überspitzten Rechtssicherheit den Vorzug. Es dient damit einer volkstümlicheren Gestaltung des Rechts und der Rechtspflege. Dieser Grundgedanke entfernt es zugleich von den auch heute noch zahlreichen Bestimmungen des Vollstreckungsnotrechts und reiht es — mag es auch in Zukunft in dieser oder jener Einzelheit noch geändert werden — in die Vorschriften des künftigen Dauerrechtes ein. Es nimmt einen wichtigen Teil der bevorstehenden Gesamtreform der Zwangsvollstreckung vorweg. Es weist schließlich auch den Weg für die weitere Umgestaltung des Vollstreckungsrechtes. „Ein Recht, das die Vollstreckung als einen Kampf zwischen Gläubiger und Schuldner ansieht, bei dem der Staat lediglich die Grenzen der Befugnisse der beiden Streitteile absteckt und wahrt, im übrigen aber den Parteien gestattet, innerhalb der gesetzlichen Grenzen ihre Rechte und Gegenrechte hemmungslos durchzusetzen, kann zu keinen befriedigenden Ergebnissen führen. Unter solchem Recht läuft die Vollstreckung auf einen Geschicklichkeitskampf zwischen Gläubiger und Schuldner hinaus, bei dem der Raffinierte und Skrupellose Sieger bleibt.... Statt des Eigennutzes der Parteien müssen sozial-ethische Gesichtspunkte und wirtschaftliche Vernunft das Verfahren beherrschen. Das kann man nur erreichen, wenn man sich vom reinen Parteibetrieb des alten Rechtes löst, ... (wenn man) dem Gericht ermöglicht, schon vom Beginn der Vollstreckung das Verfahren zu übersehen und zu überwachen und je nach Lage des Einzelfalles bald die Energie der Vollstreckung zu verschärfen, bald den Weg der Nachsicht durch Fristgewährung einzuschlagen" (Volkmar, Deutsche Justiz 1934, 1622, 1623). Diese auch vom Reichsjustizministerium bereits angekündigte weitgehendere Einschaltung des Gerichts in den Gang der Zwangsvollstreckung führt das neue Gesetz an einer bedeutsamen Stelle schon heute durch.

Erfolgversprechende Arbeit kann das Vollstreckungsgericht allerdings nur leisten, wenn seine Ermächtigung zum Eingreifen nicht zu formalistisch begrenzt, sondern im Gegenteil recht weit und locker gefaßt, wenn ihm eine sog. Generalklausel an die Hand gegeben wird. Den äußeren Anlaß zu dem Gesetz hat zwar ein Einzelfall gegeben. Aber wer sagt, daß nicht schon im nächsten Augenblick sich bei einer anderen Vollstreckung eine ähnliche Lage ergibt? Schon vorher bestand ja ein auf den Erfahrungen der letzten Jahre aufgebauter, umfassender Vollstreckungsschutz. Daß er in jenem Falle versagte, zeigt schlagartig, daß eben die Vielgestaltigkeit der Lebensvorgänge sich niemals im voraus berechnen läßt. Selbst die bestdurchdachte, ins einzelne gehende Regelung wird nicht alle künftigen Fälle erfassen können. Vor den grundsätzlichen Bedenken, die derartigen Generalklauseln entgegenstehen, soll man allerdings nicht die Augen verschließen. Dem Richter, in dessen nur durch allgemeine Richtlinien gebundenes Ermessen die Entscheidung nach der Fassung des Gesetzes gestellt wird, wird dadurch eine weitgehende Machtvollkommenheit und damit eine schwere Verantwortung übertragen, die ebenso, wie sie bei verständiger Handhabung des Gesetzes Segen, bei Mißgriffen Unheil stiften kann. Generalklauseln sind aber durchaus nichts Neues in unserer Rechtsordnung. Gerade jetzt, bei der Neugestaltung des deutschen Rechts, ist oft darauf hingewiesen worden, welche Bedeutung sie im BGB. für die deutsche Rechtsentwicklung gespielt haben und wie verständnisvoll die Rechtsprechung sie verwertet hat (vgl. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln; Lange, JW. 1933, 2858; derselbe, Vom alten zum neuen Schuldrecht, bes. S. 42 f., 46/7). Auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung waren sie dem alten Recht der ZPO. ziemlich fremd. Durch das Zwangsvollstreckungsnotrecht haben sie jedoch auch hier an den verschiedensten Stellen Eingang gefunden, und man kann, soweit sich über diese z. T. erst neueren Bestimmungen ein abschließendes Urteil bereits abgeben läßt, nur sagen, daß sie sich bewährt haben. Nach diesen Erfahrungen konnte man den Weg, den das neue Gesetz geht, wagen. Schließlich liegt aber die Bedeutung eines Gesetzes nicht allein in seiner Anwendung durch die Gerichte in der begrenzten Zahl von Fällen, die ihnen zur Entscheidung vorgelegt werden, sondern schon in seinem bloßen Dasein, in seiner Anwendungsmöglichkeit, die alle Volksgenossen zur Beachtung nötigt. Hier — vor der Anrufung des Gerichts — wird es vor allem Aufgabe des berufenen Rechtsberaters, des Rechtsanwalts, sein, auf der Gläubiger- wie auf der Schuldnerseite als der unabhängige, dem Recht dienende Helfer der Partei ohne Rücksicht auf vielleicht eigensüchtige Wünsche seiner Auftraggeber dem Geiste des neuen Gesetzes überall zum Durchbruch zu verhelfen. Er wird ebenso den Gläubiger von den durch das Gesetz betroffenen Vollstreckungen von vornherein abraten, wie er den Schuldner von einer mißbräuchlichen Berufung auf die Schutzvorschrift abhalten wird. Sollte aber der Fall der Entscheidung des Vollstreckungsgerichts unterbreitet werden, so kann er nicht nur zur Aufklärung des Sachverhalts, sondern auch zur Entscheidung der Rechtsfrage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Beschränkung der Zwangsvollstreckung gegeben

sind, beitragen und so wesentlich, ja vielleicht ausschlaggebend an der Ausgestaltung der Rechtsordnung an einem wichtigen Punkte mitarbeiten.

II. Die sachlichen Voraussetzungen für das Eingreifen des Vollstreckungsgerichts

a) Allgemeine Gesichtspunkte

Sachliche Voraussetzung für das Eingreifen des Vollstreckungsgerichts ist, daß das Vorgehen des Gläubigers gegen den Schuldner sich als eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte darstellt. Es genügt danach nicht schon, daß die Vollstreckungsmaßnahme allein vom Standpunkt des Schuldners aus betrachtet für diesen besonders schwer erträglich ist, sie muß vielmehr gerade auch vom Standpunkt des Gläubigers aus eine Unbilligkeit enthalten, und diese Unbilligkeit muß besonders groß („gröbliche Härte") sein. Diese Beschränkung ist ohne weiteres gerechtfertigt, wenn man bedenkt, daß jede Regelung der Zwangsvollstreckung von dem Grundsatz ausgehen kann, daß sie es regelmäßig nur mit der Verwirklichung und Durchsetzung bestehender Rechte zu tun hat. Einwendungen gegen den Anspruch, der beizutreiben ist, gehören nicht in das Vollstreckungsverfahren, sondern sind im Wege der Klage geltend zu machen. Gewiß sind Fälle denkbar, in denen schon die Tatsache des Bestehens eines Anspruchs, der den geltenden sachlich-rechtlichen Vorschriften entspringt, für sich allein und damit jede Form seiner Beitreibung als unbillig empfunden wird. Es kann aber nicht Aufgabe einer verfahrensrechtlichen Vorschrift sein, die gesamte Rechtsordnung, auch auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts z. B., aus den Angeln zu heben. Das hieße das Pferd am Schwanze aufzäumen. Notwendige Änderungen der sachlich-rechtlichen Vorschriften sind in erster Linie an diesen selbst vorzunehmen. Anders liegt der Fall, wenn der Anspruch aus verfahrensrechtlichen Gesetzen hergeleitet wird, — wenn er zweifelsfrei nicht besteht und der Gläubiger sich nur arglistig auf die Rechtskraft einer ihm günstigen Entscheidung stützt. Hierher gehören vor allem das Erschleichen eines Urteils und das arglistige Ausnützen eines erschlichenen Urteils — Fälle, in denen schon jetzt die Rechtsprechung dem Schuldner die Berufung auf § 826 BGB. gestattet (vgl. Gaupp-Stein-Jonas, ZPO., 15. Aufl., Bem. X zu § 322 ZPO.). Das neue Gesetz erspart hier u. U. dem Schuldner den umständlicheren Klageweg. Die Beschränkung läßt ferner erkennen, daß jede Verweichlichung der Vollstreckung vermieden werden soll. Es liegt im Wesen der Vollstreckung begründet, daß sie streng ist und für den Schuldner gewisse Härten mit sich bringt. Das Vollstreckungsrecht darf nicht an der Knochenerweichung kranken, die man am Strafrecht vergangener Jahre mit Recht gerügt hat. Daß die Frage, ob eine Härte vorliegt, nach gesundem Volksempfinden zu erfolgen hat, besagt, daß unter Vermeidung aller formalen Erwägungen nach Billigkeit zu entscheiden ist. Maßgebend ist nicht das Urteil einer bestimmten Gruppe von Volksgenossen, mögen dies Gläubiger- oder Schuldnerkreise sein, oder irgendeiner durch ein mehr oder weniger abstimmungsmäßiges Verfahren festgestellten Stimmenmehrheit von zweifelhaftem Wert, sondern das, was nach richterlicher Überzeugung dem in der deutschen Volksgemeinschaft lebenden Gerechtigkeitsgefühl entspricht. Dies ist ein objektiver Maßstab.

Bei der Auslegung des Gesetzes werden zunächst seine zu I dargelegten Grundgedanken beachtet werden müssen. Bei der Prüfung, ob eine Unbilligkeit vorliegt, sind alle Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Das „berechtigte Schutzbedürfnis" des Gläubigers ist nur beispielsweise angeführt, und auch hier kann nur beispielsweise auf einige Gesichtspunkte verwiesen werden: Die Schutzwürdigkeit des Schuldners, die sich aus seiner Persönlichkeit — nebenbei sei bemerkt, daß das Gesetz für Ausländer keine Ausnahme macht — und seinem bisherigen Verhalten ergibt (einerseits kein Bestreiten des Anspruches; redliches Bemühen, seine Verbindlichkeit zu erfüllen — andererseits leichtsinniges Eingehen der Verbindlichkeit oder gar Beruhen des Anspruchs auf Betrug, Brandstiftung o. dgl.; Prozeßverschleppung; Vermögensverschiebungen; Prozeßlügen usw.); die Schutzbedürftigkeit des Schuldners (seine wirtschaftlichen und Familienverhältnisse, die Gründe seiner Leistungsunfähigkeit und die Aussichten ihrer Behebung z. B.); die Schutzbedürftigkeit des Gläubigers (einerseits der Millionär — andererseits der Kleinrentner, der jeden Pfennig für seinen notdürftigen Unterhalt braucht; der Handwerker, den seine Gläubiger arg bedrängen); die Schutzwürdigkeit des Gläubigers (einerseits der Aufkäufer wertloser Forderungen, die er erbarmungslos von schuldlos verarmten Schuldnern unter erpresserischen Drohungen beitreibt — andererseits der Gläubiger, der schon lange von sich aus Nachsicht geübt hat); Belange Dritter (einerseits der Angehörigen des Schuldners, die durch die Vollstreckung in Mitleidenschaft gezogen werden — andererseits der Gläubiger des Vollstreckenden, die ohne die Durchführung der Zwangsvollstreckung nicht zu ihrem Recht kommen und dadurch selbst in Not geraten); die Stärke des Vollstreckungszugriffs (einerseits die Versteigerung, die dem Schuldner die beschlagnahmte Sache endgültig entzieht — andererseits die Zwangsverwaltung, die unter Erhaltung der Substanz nur die Vermögenserträgnisse ergreift) und seine Folgen (einerseits Verschleuderung wertvoller Gegenstände bei der Versteigerung; unverhältnismäßig geringer Gewinn für den Gläubiger — andererseits nicht ungünstige Verwertungsmöglichkeit von Gegenständen, deren sich der Schuldner ohnedies entäußern muß; Möglichkeit einer besonders guten Ausnutzung der erfolgreichen Vollstreckung durch den Gläubiger, z. B. durch günstige, ihm sein Grundstück vor der drohenden Versteigerung rettende Weitervermietung einer zu räumenden Wohnung); Nebenwirkungen der Vollstreckung (Gesundheitsschädigung durch Herausseßen eines schwer erkrankten Mannes, einer schwangeren Frau usw.). Allgemein läßt sich nur noch sagen, daß meist das Vorliegen eines Umstandes nicht genügen wird, um die Anwendung oder Nichtanwendung des Gesetzes zu rechtfertigen. Die bloße Tatsache, daß der Gläubiger recht wohlhabend ist, rechtfertigt ebensowenig eine Unterbindung der Vollstreckung, wie die Unredlichkeit des Schuldners ohne weiteres die Versagung des Schutzes erlaubt (z. B. seine Wohnung, in der seine Frau im Sterben liegt, soll geräumt werden). Immer muß der Blick auf alle etwa wesentlichen Umstände gerichtet sein und müssen diese einzeln und insgesamt gegeneinander abgewogen werden. Einige „Fälle" als Beispiele zu erdenken, ist deshalb mißlich, weil gerade bei dieser Vorschrift mehr als bei anderen für noch nicht zu übersehende Vorgänge Abhilfe geschaffen werden soll und überdies jeder dieser Vorgänge mehr oder weniger ein nur nach seiner ganz besonderen Lage zu beurteilender Einzelfall bleiben wird. Deshalb kommen nicht mehr als Andeutungen darüber in Frage, welche Rolle das Gesetz für die einzelnen Vollstreckungsarten spielen kann, und welche in ihren Grundzügen gleiche Lagen hier u. U. auftreten können.

b) Die einzelnen Vollstreckungsarten

Der Vorspruch des Gesetzes verweist zunächst auf die Vollstreckung von Räumungstiteln, weil hier am ehesten Fälle eintreten können, die das Eingreifen des Gerichts notwendig machen. Die grobe Unbilligkeit kann hier einmal in dem Zeitpunkt der Vollstreckung (während plötzlicher Erkrankung des Schuldners oder eines seiner Familienmitglieder oder unmittelbar nach einem Todesfall z. B.), sehr wohl aber auch in der Begründung des Räumungsverlangens überhaupt liegen. Ist der Titel eine gerichtliche Entscheidung, so werden Billigkeitserwägungen schon vom Prozeßgericht im Rahmen der sonstigen geltenden Bestimmungen, insbes. bei der Bemessung der Räumungsfrist (§ 721 ZPO.; für Räume, die dem Mieterschutz unterliegen, vgl. §§ 5a, 6 usw. MietSchG.), berücksichtigt worden sein. Nicht selten wird aber der Räumungsanspruch in einem gerichtlichen Vergleich anerkannt und dem Schuldner das Verbleiben in der Wohnung nur so lange gestattet, als er den Mietzins pünktlich entrichtet. Diese nicht unbedenkliche Fassung gestattet es dem Vermieter, bei einem Rückstand von wenigen Reichsmark, der vielleicht durch eine unverschuldete, augenblickliche Notlage (Krankheit z. B.) entstanden und inzwischen womöglich abgetragen ist, die Räumung durchzusetzen. Hier kann nach Lage des Falles eine

Untersagung der Vollstreckung in Frage kommen. Nach den Ausführungen von Grund (JW. 1935, 18f.) sieht es fast so aus, als könne hier auch ohne das Gesetz dem Schuldner ausreichend geholfen werden. Seine Auffassung scheitert m. E. daran, daß er als Sinn derartiger Vergleiche unterstellt, der Räumungsanspruch des Gläubigers entstehe erst beim Zahlungsverzug des Schuldners. Eine derartige Auslegung wird jedoch dem selbst bei etwas anderer Fassung der Abrede meist recht offensichtlichen Parteiwillen, dem Vermieter eine scharfe Waffe gegen Zahlungssäumnis des Mieters zu geben, regelmäßig widersprechen. Der Räumungsanspruch entsteht vielmehr sofort bei Vergleichsabschluß, bestenfalls auflösend bedingt durch dauernd pünktliche Zahlung des Mietzinses. Die vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs ist deshalb dem Vermieter zu erteilen, ohne daß die Einhaltung der Zahlungsfristen durch den Mieter zu prüfen oder gar das Gegenteil vom Vermieter nachzuweisen wäre. Hängt aber ihre Erteilung nicht vom Nachweis dieser Tatsache ab, so ist die Voraussetzung zur Anwendung der §§ 726, 732, 768 ZPO. nach richtiger und wohl auch vorherrschender Ansicht nicht gegeben, der Schuldner kann also keine Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel erheben. Auf die Frage, ob er dem Vorgehen des Gläubigers mit einer Vollstreckungsgegenklage oder einer Klage aus § 826 BGB. entgegentreten kann, braucht hier nicht eingegangen werden; denn jedenfalls wäre eine solche Klage bei der Schnelligkeit, mit der sich u. U. eine Räumungsvollstreckung vollzieht, selbst unter Beachtung der Einstellungsmöglichkeit (§ 769 ZPO.) ein zu schwerfälliger Rechtsbehelf, um dem Schuldner wirksam, vor allem rechtzeitig, helfen zu können.

Bei der Vollstreckung von Ansprüchen auf Herausgabe beweglicher Sachen sind ähnliche Fälle denkbar: Der Schuldner soll z. B. ein Bett, das er sich geliehen hat und das sein einziges ist, dem Entleiher, der es selbst gar nicht benötigt, herausgeben, obwohl er sich im Augenblick (wegen Krankheit z. B.) keinen Ersatz beschaffen kann; unter ähnlichen Umständen verlangt z. B. der Verkäufer die auf Abzahlung verkauften Möbel einschließlich der vom Schuldner am dringendsten benötigten Gegenstände wegen unverschuldeter Nichteinhaltung der letzten Raten (§ 4 Abs. 2 AbzG.) sofort zurück.

Bei der Pfändung beweglicher Sachen besteht in § 811 ZPO., §§ 18f. ZwVollstrVO. und anderen Bestimmungen des Vollstreckungsnotrechts bereits ein so ausgebauter Vollstreckungsschutz, daß das Gericht zur Vermeidung grober Unbilligkeiten kaum auf das neue Gesetz zurückzugreifen braucht. In der Pfändung als solcher wird regelmäßig noch keine außergewöhnliche Härte liegen, wohl aber u. U. in der Versteigerung: Ein Flügel im Wert von 1200 *RM*, voraussichtlicher Versteigerungserlös 600 *RM*, soll z. B. wegen einer Forderung von nur 10 *RM* einschließlich Kosten versteigert werden. Versagt hier § 18 ZwVollstrVO. — etwa weil der Schuldner aus Ungeschick bei einem Aussetzungsantrag seine Lage nicht klar genug dem Gericht geschildert hat und dieses sich an seine daraufhin ergangene ablehnende Entscheidung gebunden hält —, so könnte immer noch nach dem neuen Gesetz etwa die Versteigerung unter Bewilligung einer Zahlungsfrist ausgesetzt werden.

Auch für die Lohn- und Gehaltspfändung sind durch die §§ 850f. ZPO. n. F. alle wesentlichen Schwierigkeiten, die sich früher ergeben konnten — z. B. die Kahlpfändung wegen Unterhaltsansprüche der Frau; das Versagen des Schutzes, wenn kein Dienstverhältnis vorlag, usw. —, beseitigt. Das neue Gesetz könnte hier praktisch werden, wenn z. B. für die Unterhaltsansprüche eines unehelichen Kindes, für das die in ausgezeichneten Verhältnissen lebende Mutter aufs beste sorgt, vom Monatslohn des Schuldners von 180 *RM* monatlich 10 *RM* gepfändet werden, obwohl dieser mit 170 *RM* brutto selbst den Notbedarf nicht bestreiten kann, weil er für sechs eheliche Kinder sorgen muß und überdies selbst im Augenblick durch Krankheit besondere Aufwendungen hat. Das Gericht wäre dann u. U. an die Beschränkungen des Pfändungsschutzes in §§ 850 Abs. 3 Satz 4, 850b Abs. 4 ZPO. (vgl. auch die ähnliche Bestimmung des § 850e Abs. 1 Satz 3 das.) nicht gebunden. Nach Lage des Falles kann auch eine Vollstreckungsbeschränkung für Ansprüche, die sonst keinen Pfändungsschutz genießen, in Frage kommen (z. B. für den Mietzinsanspruch der Untervermieterin, vgl. Grund, JW. 1935, 20).

Beim Offenbarungseid greift in erster Linie § 19d ZwVollstrVO. ein. Auf das neue Gesetz kann sich der Schuldner u. U. bei Verhaftungen zur Unzeit (der Arzt während einer Operation) berufen.

Bei der Grundstückszwangsversteigerung sind in erster Linie die §§ 1f., 5f. ZwVollstrVO. zu berücksichtigen. Volkmar (Deutsche Justiz 1934, 1624 II a. E.) verweist hier auf den Fall, daß in einem zweiten nach § 1 Abs. 3 ZwVollstrVO. anberaumten Termin ein ganz unzureichendes Gebot abgegeben wird, weil durch besondere Umstände die Hauptinteressenten am Erscheinen verhindert waren. Hier könnte, obwohl nach § 1 a. a. O. dies an sich nicht zulässig und ein Widerspruch des Schuldners unbeachtlich ist, gegebenenfalls auf Antrag des Schuldners der Versteigerungstermin vertagt werden.

Bei Zwangsverwaltungen ist der Vollstreckungszugriff schon deshalb seltener eine besondere Härte, weil er nur die Grundstückerträgnisse erfaßt und deshalb ein milderer Eingriff in das Vermögen des Schuldners ist. Das neue Gesetz kann hier Zwangsverwaltungen unterbinden, die über Jahre hinaus dem Gläubiger keinen Erfolg bringen, dem Schuldner dagegen nur Kosten machen und die Gefahr einer Zwangsversteigerung heraufbeschwören, wenn auch nach den sonstigen Umständen des Falles das Vorgehen des Gläubigers eine besondere Härte darstellt.

Ähnlich liegt die Sache bei der Zwangshypothek. Ihre Eintragung gibt dem Gläubiger nur eine Sicherung; dem Schuldner bringt sie, abgesehen von den Kosten, keinen Verlust. Sie kann aber sinnwidrig sein, wenn das Grundstück bereits offensichtlich weit überlastet ist und der Gläubiger vielleicht nur aus Schikane, allein um dem Schuldner Kosten zu machen, vollstreckt (vgl. auch Gaupp-Stein-Jonas, ZPO., 15. Aufl., Nachtrag v. 15. Dez. 1934, und Volkmar, Deutsche Justiz 1934, 1622f. wegen weiterer u. U. wesentlicher Umstände).

III. Die Anordnungen des Vollstreckungsgerichts

Dem Gericht eröffnen sich drei Möglichkeiten des Eingreifens.

Einmal kann es Vollstreckungsmaßnahmen untersagen, also der drohenden Vollstreckung bereits vor ihrem Beginn entgegentreten. Dies wird vor allem für Vollstreckungen praktisch, die sich, wie z. B. die Wohnungsräumung, in einem Akt erschöpfen; denn nach Beendigung der Vollstreckung kommt eine Aufhebung ebensowenig wie eine Untersagung in Frage.

Das Gericht kann ferner die Vollstreckungsmaßnahme aufheben (die Zwangsversteigerung, Forderungspfändung, Sachpfändung usw.). Die Möglichkeit einer teilweisen Aufhebung gestattet ihm, einen der Billigkeit oft am besten entsprechenden Mittelweg zu gehen und den Gläubiger nicht über das erforderliche Maß hinaus zu beschränken.

Schließlich kann es auch die Vollstreckung zeitweilig aussetzen, z. B. die Versteigerung beweglicher Sachen, die Vollstreckung eines Haftbefehls oder eines Räumungstitels. Dies kommt in erster Linie in Frage, wenn die Unbilligkeit wesentlich auf dem Zeitpunkt der Vollstreckung beruht (Krankheit des Schuldners, plötzlicher Todesfall usw.), wenn sie aus einer zeitlich begrenzten Notlage des Schuldners sich ergibt (erhöhte Aufwendungen für augenblickliche Inanspruchnahme des Arztes) oder wenn dem Gläubiger ein Abstandnehmen von der Vollstreckung billigerweise nur kurze Zeit zugemutet werden kann (der Hauswirt braucht die vom Schuldner zu räumende Wohnung demnächst für seinen obdachlos werdenden Sohn usw.). Bei einer Pfändung fortlaufender Bezüge (vgl. § 832 ZPO.) kommt eine zeitweilige Aussetzung der Vollstreckung der teilweisen Aufhebung des Pfändungsbeschlusses gleich. Nach Ablauf der bestimmten Frist verliert die Anordnung von selbst ihre Wirksamkeit; das Gericht ist aber selbstverständlich nicht gehindert, seine Anordnung zu wiederholen, wenn die Sachlage dies erfordert.

Daß die gerichtliche Anordnung den sachlichen Bestand des beizutreibenden Anspruchs nicht berührt, wenn sie auch praktisch seine Durchsetzungsmöglichkeit beschränkt, sei nur vorsorglich bemerkt. Ist z. B. ein Mietverhältnis nach § 3 MietSchG. durch Urteil aufgehoben, so ist für eine neue Aufhebungsklage kein Raum, auch wenn, nachdem die Vollstreckung auf Grund des Aufhebungs- und Räumungsurteils untersagt war, Tatsachen eintreten, die, falls das Urteil nicht vorläge, eine (neue) Aufhebungsklage rechtfertigen würden. Wegen der Änderung des Untersagungsbeschlusses in solchen Fällen s. unten zu IV a. E.

IV. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht

Die gerichtliche Anordnung setzt einen Antrag des Schuldners voraus, der keiner besonderen Form bedarf. Er kommt sachlich einer Erinnerung gleich; daher bestimmt sich auch das Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht nach den für das Erinnerungsverfahren geltenden Grundsätzen. Insbes. wird das Gericht in entsprechender Anwendung der §§ 766 Abs. 1 Satz 2, 732 Abs. 2 ZPO. einstweilige Anordnungen treffen können, wenn Gefahr im Verzuge, der Sachverhalt aber noch nicht hinreichend geklärt ist. Die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts unterliegt, da sie eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, der sofortigen und gegebenenfalls der weiteren sofortigen Beschwerde (§ 793 ZPO.). Nach Abs. 3 des Gesetzes kann jedoch das Gericht hier ausnahmsweise jederzeit seine Entscheidung — bei einer Änderung der tatsächlichen Verhältnisse auch die des Beschwerdegerichts (Gaupp-Stein-Jonas, a. a. O., Bem. V a. E.) — aufheben oder ändern, wenn ihm dies nach Lage der Verhältnisse geboten erscheint. Dies kann z. B. in Frage kommen, wenn der Schuldner nach Untersagung der wegen eines geringfügigen Mietzinsrückstandes betriebenen Räumungsvollstreckung überhaupt nichts mehr zahlt oder den Vermieter erheblich belästigt.

V. Die Befugnisse des Gerichtsvollziehers

Gerade wenn plötzlich eintretende Ereignisse das Vorgehen des Gläubigers erst unbillig erscheinen lassen, wird der Schuldner oft das Gericht nicht mehr rechtzeitig anrufen können. Für derartige Fälle ermächtigt Abs. 2 des Gesetzes den Gerichtsvollzieher, die Zwangsvollstreckung (Versteigerung, Räumung, Verhaftung usw.) bis zur Entscheidung des Vollstreckungsgerichts aufzuschieben. Hierfür muß ihm glaubhaft gemacht sein, daß die Voraussetzungen zu einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts vorliegen und daß dem Schuldner die rechtzeitige Anrufung des Gerichts nicht möglich war. Dadurch soll Verschleppungsversuchen des Schuldners und einem Mißbrauch der Schutzvorschrift entgegengetreten werden. Die Bestimmung ist aber nicht engherzig auszulegen. Es genügt, wenn der Gerichtsvollzieher nach dem Bild, das sich ihm bei dem Vollstreckungsversuch meist von selbst bieten wird, den Erfolg eines Antrags an das Gericht für wahrscheinlich hält. U. U. wird es schon ausreichen, wenn die Darlegungen des Schuldners schlüssig sind und der Schuldner nach seinem persönlichen Eindruck oder seinem bisherigen Verhalten ihm glaubwürdig erscheint. Zweckmäßig wird er oft, wenn dies ohne Verzögerung geschehen kann, zunächst den Gläubiger unterrichten und feststellen, ob dieser nicht von sich aus auf die sofortige Durchführung der Vollstreckung verzichtet. Hält er den Sachverhalt noch für zu ungeklärt, weiß er aber, daß der Schuldner von der Fürsorgebehörde oder etwa von der NS.-Volkswohlfahrt unterstützt wird oder sich an diese gewendet hatte, so wird er in geeigneten Fällen auch diese Stellen um Auskunft über die Verhältnisse des Schuldners fernmündlich angehen können.

Gesetz zur Änderung der Rechtsanwaltsordnung. Vom 20. Dezember 1934[1])

(RGBl. I, 1258)

Die Reichsregierung hat das folgende Gesetz beschlossen, das hiermit verkündet wird:

Artikel 1

Die Rechtsanwaltsordnung wird wie folgt geändert:

1. Im § 5 (Voraussetzungen, unter denen die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft versagt werden muß) treten an die Stelle der bisherigen Nummern 4 bis 6 die folgenden Nummern 4 bis 7; die bisherige Nr. 7 wird Nr. 8:

„4. wenn die Persönlichkeit des Antragstellers nach seinem bisherigen Verhalten keine Gewähr für zuverlässige Berufsausübung und gewissenhafte Erfüllung der anwaltlichen Standespflichten bietet;

5. wenn mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Antragstellers und die Art seiner Wirtschaftsführung durch seine Zulassung die Belange der Rechtsuchenden gefährdet werden würden;

6. wenn der Antragsteller ein Amt bekleidet oder eine Beschäftigung betreibt, die mit dem Beruf des Rechtsanwalts nicht vereinbar sind, oder wenn er einer Tätigkeit nachgeht, die der Würde der Anwaltschaft widerspricht

7. wenn der Antragsteller infolge eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner körperlichen oder geistigen Kräfte zur ordnungsmäßigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufes dauernd unfähig ist."

2. Dem § 6 (Voraussetzungen, unter denen die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft versagt werden kann) wird folgende Vorschrift als Nr. 6 angefügt:

„6. wenn der Antragsteller beim Eingang seines Zulassungsgesuchs das fünfundfünfzigste Lebensjahr vollendet hat."

3. Der § 13 erhält folgende Fassung:

„Bei Gerichten in Großstädten, deren Einwohnerzahl nach der letzten amtlichen Zählung 150000 übersteigt, kann die Zulassung nicht bezirkseingesessenen Antragstellern versagt werden. Der Reichsminister der Justiz kann diesen Großstadtgerichten andere Gerichte gleichstellen, wenn bei diesen die Zahl der zugelassenen Rechtsanwälte unverhältnismäßig groß ist.

Als bezirkseingesessen im Sinne des Abs. 1 sind Antragsteller anzusehen, die innerhalb der letzten fünf Jahre drei Jahre lang an einem ganz oder teilweise zum Gerichtsbezirk gehörenden Orte ihren Wohnsitz gehabt haben. Inwieweit hierbei Nachbar- und Vororte als ein Ort zu behandeln sind, bestimmt der Reichsminister der Justiz. Hat der Antragsteller während seiner beruflichen Ausbildung oder als nichtplanmäßiger Beamter seinen Wohnsitz zeitweilig an einem anderen Ort gehabt, so wird dieser Zeitraum nicht mit angerechnet.

Die weitere Zulassung bereits zugelassener Rechtsanwälte gemäß § 8 Abs. 2, §§ 9 bis 12 wird durch die Vorschriften der Abs. 1 und 2 nicht berührt."

---

[1]) Mit Rücksicht auf die große Bedeutung des Gesetzes für die deutschen Rechtsanwälte werden vorstehend der Wortlaut des Gesetzes und die amtlichen Erläuterungen zur Veröffentlichung gebracht. Es wird hierbei ausdrücklich auf die grundsätzlichen Ausführungen des Reichsfachgruppenleiters RA. Dr. W. Nacke: JW. 1934, 3233 ff. hingewiesen.

4. Der § 16 Abs. 2 erhält folgende Fassung:

„Wird die Zulassung aus einem der im § 5 Nr. 4 bis 7 bezeichneten Gründe versagt, so ist auf Verlangen des Antragstellers über den Grund der Versagung im ehrengerichtlichen Verfahren zu entscheiden."

5. Der § 21a erhält folgende Fassung:

„§ 21a

Die Zulassung ist ferner — vorbehaltlich der Bestimmung im Abs. 2 — zurückzunehmen, wenn die Voraussetzungen, unter denen die Zulassung nach § 5 Nr. 5 bis 7 zu versagen wäre, nachträglich eintreten oder sich nachträglich herausstellt, daß diese Voraussetzungen im Zeitpunkt der Zulassung vorgelegen haben. Die Feststellung, ob dies der Fall ist, ist im ehrengerichtlichen Verfahren zu treffen. Die Zurücknahme der Zulassung erfolgt in den Fällen des § 5 Nr. 5 und 7 nach Rechtskraft der ehrengerichtlichen Entscheidung; im Falle des § 5 Nr. 6 erfolgt sie erst, wenn der Rechtsanwalt nicht binnen einem Monat nach Rechtskraft der Entscheidung die beanstandete Beschäftigung aufgibt.

Bekleidet ein Rechtsanwalt, ohne daneben die anwaltliche Berufstätigkeit selbst auszuüben, ein Gemeindeamt auf Probe, Widerruf oder Kündigung, so ist eine Zurücknahme der Zulassung nach § 5 Nr. 6 innerhalb des ersten Jahres nach Antritt des Amts nicht zulässig."

6. Hinter dem § 24 wird als § 24a folgende Vorschrift eingefügt:

„§ 24a

Frühere Rechtsanwälte dürfen die Bezeichnung ‚Rechtsanwalt' auch mit einem auf das Erlöschen der Zulassung hinweisenden Zusatz nicht führen."

7. Dem § 25 Abs. 1 wird folgende Vorschrift als Satz 2 angefügt:

„Ein nicht mehr im Vorbereitungsdienst stehender Rechtskundiger soll jedoch nicht zum Stellvertreter bestellt werden, wenn ihm die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft zu versagen wäre oder versagt werden könnte."

8. Dem § 31 wird als Abs. 2 folgende Vorschrift angefügt:

„In bürgerlichen Streitverfahren einschließlich schiedsrichterlicher Verfahren, in Strafsachen und in verwaltungsgerichtlichen Verfahren hat der Rechtsanwalt ferner seine Berufstätigkeit als Prozeßbevollmächtigter zu versagen, wenn er zu seinem Auftraggeber in einem ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis steht."

9. Der § 36 Abs. 1 wird wie folgt gefaßt:

„Der beizuordnende Rechtsanwalt wird durch den Vorsitzenden des Gerichts aus der Zahl der bei diesem zugelassenen Rechtsanwälte ausgewählt. Befinden sich an einem Orte mehrere Amtsgerichte, so kann das Amtsgericht auch einen Rechtsanwalt beiordnen, der bei einem anderen Amtsgericht dieses Ortes zugelassen ist. Sind bei einem Amtsgericht keine Rechtsanwälte zugelassen oder die zugelassenen Rechtsanwälte an der Vertretung behindert, so kann ein Rechtsanwalt beigeordnet werden, der bei einem anderen Gericht desselben Ortes und mangels eines solchen bei einem benachbarten Amtsgericht oder dem übergeordneten Landgericht zugelassen ist."

10. Dem § 61a wird folgende Vorschrift als Abs. 5 angefügt:

„Die Reichs-Rechtsanwaltskammer kann anordnen, daß die Anwaltskammern außer den im § 48 Nr. 2 bestimmten Beiträgen Sonderbeiträge zur Unterstützung notleidender Rechtsanwälte, früherer Rechtsanwälte oder deren Hinterbliebener erheben und über die Verwendung dieser Sonderbeiträge, insbesondere ihre Zuweisung an soziale Einrichtungen zugunsten der Anwaltschaft, Bestimmungen treffen. Für die Einziehung der Sonderbeiträge durch die Anwaltskammern gilt § 58b entsprechend."

11. Dem § 86 Abs. 1 wird als Satz 2 folgende Vorschrift angefügt:

„Beweiserhebungen durch einen ersuchten Richter kann zur Vorbereitung der Hauptverhandlung auch der Vorsitzende des Ehrengerichts anordnen, wenn das Einholen einer Entscheidung des Ehrengerichts das Verfahren verzögern würde."

Artikel 2

Die Vorschriften des Gesetzes über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft v. 7. April 1933 (RGBl. I, 188) werden durch dieses Gesetz nicht berührt.

Artikel 3

Dieses Gesetz tritt mit dem Tage nach seiner Verkündung in Kraft. Es darf jedoch auf Grund des § 13 Abs. 1 n. F. die Zulassung nicht versagt werden, wenn der Zulassungsantrag bereits vor dem 15. Okt. 1934 eingegangen war.

Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes fällt die Vorschrift des § 16 Kap. I 6. Teil der 3. NotVO. des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen v. 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537, 564) weg, Sonderbeiträge, deren Erhebung auf Grund dieser Vorschrift bereits vom Vorstand der Anwaltskammer beschlossen war, können jedoch für das laufende Geschäftsjahr weitererhoben werden.

Berlin, den 20. Dez. 1934.

Der Führer und Reichskanzler
Adolf Hitler

Der Reichsminister der Justiz
Dr. Gürtner

Amtliche Erläuterung (RuPrJM. IV b 6363)

(Deutsche Justiz S. 6)

Das Gesetz bringt in erster Linie einige Änderungen und Ergänzungen der Vorschriften über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft und die Rücknahme der Zulassung. Die neuen Vorschriften verfolgen das Ziel, Anwärter, deren Aufnahme in die Anwaltschaft nach ihrer Persönlichkeit oder ihren Verhältnissen im Interesse der Rechtspflege nicht erwünscht ist, wirksamer von ihr fernzuhalten, als es nach den bisher geltenden Vorschriften möglich war. Weiter sucht das Gesetz einem ungesunden Zusammenfluß von Rechtsanwälten in Großstädten und ähnlichen Zentren entgegenzuwirken. Daneben enthält es eine Reihe von Einzelvorschriften über frühere Rechtsanwälte, Anwaltsvertretung, Versagung der Berufstätigkeit, Beiordnung von Armenanwälten u. a.

Zu § 5 (Zwingende Versagungsgründe)

Nach § 5 RAO. gegenwärtiger Fassung muß die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft u. a. versagt werden.

4. wenn der Antragsteller ein Amt bekleidet oder eine Beschäftigung betreibt, welche nach den Gesetzen oder nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer mit dem Beruf oder der Würde der Rechtsanwaltschaft nicht vereinbar sind;
5. wenn der Antragsteller nach dem Gutachten des Vorstandes der Anwaltskammer sich eines Verhaltens schuldig gemacht hat, welches die Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft bedingen würde.

Diese Vorschriften haben sich als zu eng erwiesen. Das Gesetz erweitert in der neuen Nr. 4 den Grundsatz der bisherigen Nr. 5 dahin, daß die Zulassung zu versagen ist:

4. wenn die Persönlichkeit des Antragstellers nach seinem bisherigen Verhalten keine Gewähr für zuverlässige Berufsausübung und gewissenhafte Erfüllung der anwaltlichen Standespflichten bietet.

Die bisher geltende Regelung sah ferner keine Handhabe vor, einen Anwärter fernzuhalten, der sich zwar Verfehlungen noch nicht hatte zuschulden kommen lassen, dessen Zulassung aber mit Rücksicht auf seine Verhältnisse und die Art seiner Wirtschaftsführung eine Gefahr für die Rechtsuchenden darstellt. Diese Lücke des Gesetzes wird durch die neue Nr. 5 ausgefüllt.

In der neuen Nr. 6 sind die in der bisherigen (oben aufgeführten) Nr. 4 behandelten Versagungsgründe enthalten.

In den Fällen der bisherigen Nr. 4 und 5 war die über die Zulassung befindende Justizverwaltung an das Gutachten des Kammervorstandes gebunden. Diese Regelung erscheint nicht mehr zeitgemäß. Daß der Kammervorstand vor der Entscheidung nach wie vor zu hören ist, ist in § 3 RAO. bestimmt.

In der im übrigen unverändert als Nr. 7 übernommenen bisherigen Nr. 6 ist ebenfalls die Bindung an das Gutachten des Kammervorstandes beseitigt.

Die durch das Gesetz v. 20. Juli 1933 (RGBl. I, 522) eingefügte Nr. 7, wonach Beamte, die mit Erreichung der Altersgrenze aus dem Dienste geschieden sind, zur Anwaltschaft nicht zugelassen werden dürfen, bleibt als Nr. 8 bestehen.

Zu § 6 (fakultative Versagungsgründe).

Von der Anwaltschaft wird es, zumal bei der starken Überfüllung des Berufes, als Mißstand empfunden, daß — abgesehen von den infolge Erreichung der Altersgrenze oder wegen Dienstunfähigkeit ausgeschiedenen Beamten (§ 5 bisher Nr. 7 — neue Nr. 8 — und § 6 Nr. 4) — auch solche Anwärter zugelassen werden müssen, die bereits geraume Zeit einen anderen Beruf, insbes. den des Beamten, ausgeübt haben. Derartige in späten Jahren zugelassene Rechtsanwälte sind auch häufig nicht in der Lage, sich in der wünschenswerten Weise auf den Anwaltsberuf innerlich umzustellen. Es empfiehlt sich, der Justizverwaltung hier die Möglichkeit der Versagung der Zulassung zu geben. Das Gesetz sieht hierfür in der neuen Nr. 6 eine Altersgrenze von 55 Jahren vor. Da es sich um eine Kannvorschrift handelt, ist die Justizverwaltung in der Lage, besonderen Einzelfällen, in denen die Versagung der Zulassung eine unbillige Härte bedeuten würde, Rechnung zu tragen.

Zu § 13: Nach § 13 gegenwärtiger Fassung darf die Zulassung zur Anwaltschaft bei dem in dem Antrag bezeichneten Gericht nicht mit Rücksicht auf die Zahl der bei dem Gericht bereits zugelassenen Anwälte versagt werden. Diese Regelung hat im Laufe der Jahre in zahlreichen Großstädten und an einzelnen sonstigen zentralen Punkten zu einer starken Zusammenballung von Anwaltskanzleien geführt. Eine allgemeine Sperre über bestimmte Bezirke zu verhängen, würde für die aus den betreffenden Bezirken hervorgehenden Anwärter eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten. Ein derart weitgehender Schritt kommt nicht in Frage. Wohl aber erscheint es — als Notmaßnahme — angezeigt und auch den Betroffenen gegenüber vertretbar, nichtbezirkseingesessene Anwärter von der Zulassung in den Großstädten und den sonstigen besonderen Notstandsbezirken fernzuhalten. Als „Kann"-Vorschrift läßt im übrigen der § 13 der Justizverwaltung die Möglichkeit, in geeigneten Fällen — etwa beim Austausch zweier Anwaltskanzleien — Ausnahmen zu machen.

Zu § 16: In denjenigen Fällen, wo die Entscheidung über die Zulassung zur Anwaltschaft wesentlich von der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles abhängt, erscheint es sachgemäß, bei der Zulassungsversagung dem Antragsteller wie bisher den Rekurs auf das ehrengerichtliche Verfahren offenzuhalten.

Zu § 21a: Es war ein Mangel der bisherigen Regelung, daß zwar dem Anwärter die Zulassung zur Anwaltschaft wegen einer mit dem Anwaltsberuf nicht vereinbaren Beschäftigung versagt werden konnte, gegen die spätere Übernahme einer solchen Tätigkeit aber nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen im Wege des ehrengerichtlichen Verfahrens vorgegangen werden konnte. Der § 21a neuer Fassung schließt diese Lücke, indem er für derartige Fälle die Rücknahme der Zulassung vorsieht. In gleicher Weise wird die Möglichkeit der Rücknahme für die Fälle eröffnet, wo die Voraussetzungen des § 5 Nr. 5 (Gefährdung der Rechtsuchenden durch ungünstige Verhältnisse und nicht einwandfreie Wirtschaftsführung) nachträglich eingetreten sind. Die Entscheidung, ob die Voraussetzungen für die Zulassungsrücknahme vorliegen, soll im ehrengerichtlichen Verfahren getroffen werden.

Um den Übergang von Rechtsanwälten in den Gemeindedienst nicht unbillig zu erschweren, läßt jedoch Abs. 2 die Möglichkeit offen, daß ein Rechtsanwalt, der probeweise, auf Widerruf oder auf Kündigung in den Gemeindedienst berufen ist, für die Dauer des ersten Jahres nach seiner Einberufung im Anwaltsstand verbleibt. Die Anwaltstätigkeit darf er in dieser Zeit nur durch einen Stellvertreter (§ 25 RAO.) ausüben, so daß Unzuträglichkeiten, die sich aus der Doppelstellung als Gemeindebeamter und Rechtsanwalt ergeben könnten, ausgeschlossen sind.

Zu § 24a: Der neue § 24a stellt die in neuerer Zeit des öfteren praktisch gewordene Frage, ob sich die aus der Anwaltschaft Ausgeschiedenen als „Rechtsanwalt" bezeichnen dürfen, in verneinendem Sinne klar.

Zu § 25: Der vorgeschlagene Zusatz bestimmt, daß Personen, die zur Anwaltschaft nicht zugelassen werden dürfen oder denen die Zulassung versagt werden kann, auch als Anwaltsvertreter von der Justizverwaltung nicht bestellt werden sollen.

Zu § 31: Der Rechtsanwalt muß, um seinen Beruf den Pflichten seines Standes entsprechend ausüben zu können, unabhängig von seinem Auftraggeber sein. Bei Syndizi, Direktoren, Vorständen von Gesellschaften u. dgl. besteht die Gefahr, daß sie auf Grund ihres ständigen Dienst- oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnisses auch in ihrer anwaltlichen Tätigkeit für ihren Dienstherrn in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis geraten. Um allen sich daraus ergebenden Schwierigkeiten vorzubeugen, verpflichtet der neue § 31 Abs. 2 den Anwalt in bürgerlichen Streitsachen — d. h. im Erkenntnisverfahren — sowie in schiedsrichterlichen Verfahren, in Strafsachen und vor den Verwaltungsgerichten seine Tätigkeit als Prozeßanwalt abzulehnen, wenn er zu dem Auftraggeber in einem solchen Dienst- oder Geschäftsverhältnis steht.

Zu § 36: Nach der Auslegung, die die geltende Vorschrift in der Rechtsprechung gefunden hat, darf das Gericht nur einen bei ihm zugelassenen Anwalt als Armenanwalt beiordnen. Dies hat verschiedentlich zu Schwierigkeiten geführt, die durch die neue Fassung ausgeräumt werden.

Zu § 61a: Nach § 16 Teil 6 Kap. I der 3. NotVO. vom 6. Okt. 1931 (RGBl. I, 537/64) können die Anwaltskammern Sonderbeiträge zur Unterstützung notleidender Mitglieder, früherer Mitglieder und deren Hinterbliebener erheben. Da die hier in erster Linie in Betracht kommenden sozialen Einrichtungen sich über ganz Deutschland erstrecken, erscheint es zweckmäßig, die Erhebung derartiger Beiträge einheitlich in die Hand der sämtliche Kammerbezirke umfassenden Reichsrechtsanwaltskammer zu legen.

Zu § 86: Die Ergänzung der Vorschrift dient lediglich der Beschleunigung der ehrengerichtlichen Verfahren.

Art. 2 stellt klar, daß die Vorschriften des Gesetzes vom 7. April 1933 (RGBl. I, 188) über den Ausschluß von Nichtariern und Personen, die sich in kommunistischem Sinne betätigt haben, durch das neue Gesetz nicht berührt werden.

Art. 3 enthält die erforderlichen Übergangsvorschriften. Zu Abs. 2 darf auf die vorstehenden Bemerkungen zu § 61a verwiesen werden.

Zur Neuregelung des Versteigerergewerbes

Von Dr. Kurt Günther, Ministerialrat im Reichswirtschaftsministerium und Preußischen Ministerium für Wirtschaft und Arbeit, Berlin

I. Allgemeines

Die Einrichtung der Versteigerung ist sehr alt. Sie diente früher hauptsächlich dazu, um im gerichtlichen Vollstreckungsverfahren bewegliche und unbewegliche Sachen zu veräußern. Vielfach wurden auch freiwillig gegebene Pfänder versteigert. Die Versteigerungen wurden von Gerichten, Gemeinden oder Staatsbeamten vorgenommen. Erst im 18. Jahrhundert begann sich langsam ein Versteigererstand zu entwickeln, der die Vornahme von Versteigerungen gewerbsmäßig betrieb, oft auch selbst Waren kaufte, um sie zu versteigern. Mit dem Aufkommen eines solchen Standes ergab sich die Notwendigkeit, die Tätigkeit der Versteigerer zu regeln, und zwar weniger vom bürgerlich-rechtlichen Standpunkt aus als vom polizeilichen. Klagen der verschiedensten Art, die sich bis in die Gegenwart wiederholen, machten ein Eingreifen der Behörden notwendig. In der Regel ließ man nicht zu, daß jeder ohne weiteres die Versteigerertätigkeit ausüben durfte. Der Betrieb des Versteigerergewerbes bringt es mit sich, daß dem Versteigerer oft die letzte Habe ins Unglück geratener Personen anvertraut wird, die noch einen Erlös aus deren Verwertung erhoffen. Unredlichkeiten erweisen sich hier als besonders schwerwiegend. Die Versteigerer wurden daher in den meisten deutschen Staaten, so z. B. in Preußen, als Beamte angestellt und ihnen als Entgelt für ihre Tätigkeit die Erhebung von Gebühren, deren Höhe vorgeschrieben war, erlaubt.

Das Versteigerergewerbe wurde erst nach der Gewerbeordnung von 1869 jedermann zugänglich. Den Anschauungen der damaligen Zeit entsprechend, konnte man die Gewerbefreiheit nicht weit genug ausdehnen. Zwar hatte der Zustand vor 1869 durchaus nicht die Klagen über die Versteigerungen zu beseitigen vermocht; jedoch bald nach Erlaß der Gewerbeordnung von 1869 vermehrten sich die Klagen über die Versteigerer so, daß man in den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts bereits erwog, ob man nicht die Ausübung des Versteigerergewerbes von einer Erlaubnis abhängig machen sollte. Die letzte reichsrechtliche Regelung des Versteigerergewerbes, die bis jetzt galt, beruhte auf dem Ergänzungsgesetze zur Gewerbeordnung v. 30. Juni 1900 (RGBl. 321). Das Gesetz beließ es zwar bei dem freien Zugange zu diesem Gewerbe, ermächtigte aber die obersten Landesbehörden durch § 38 GewO., „über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen sowie über den Geschäftsbetrieb der Auktionatoren ... Vorschriften zu erlassen". Die Möglichkeit der Untersagung des Gewerbebetriebs bei Unzuverlässigkeit war bereits durch Artikel 5 des Ges. v. 1. Juli 1883 (RGBl. 189) in § 35 GewO. eingefügt. Ein einheitliches deutsches Versteigererrecht schuf das Ges. v. 30. Juni 1900 nicht. Zwar erließen fast alle damaligen Bundesstaaten auf Grund von § 38 Abs. 1 GewO. Vorschriften über den Geschäftsbetrieb der Versteigerer. Die Vorschriften wichen aber vielfach in wichtigen Fragen, z. B. der Zulässigkeit der Bevorschussung des Versteigerungsguts, der Genehmigung der einzelnen Versteigerung usw., voneinander ab. Es läßt sich jedoch nicht leugnen, daß sich die Regelung für die damalige Zeit zu bewähren schien.

Bereits während des Krieges und besonders nach dem Kriege wiederholte sich das, was schon früher nach großen Kriegen beobachtet worden war — so nach dem unglücklichen Kriege von 1806 und nach den Freiheitskriegen —, nämlich ein starkes Anwachsen der Versteigerungen. Das erklärt sich wirtschaftlich aus den mit den Kriegsfolgen verbundenen Umschichtungen der Vermögen. Bedenkt man ferner, daß nach dem Weltkriege viele Personen Versteigerer wurden, die charakterlich nicht einwandfrei und für das Gewerbe völlig unvorgebildet waren, so öffnete die Versteigerung unlauteren Machenschaften Tür und Tor. Besonders nachteilig wirkte sich dies auf den Gebieten aus, auf denen sich die Versteigerung in ruhigen Zeiten zu einem Wertmesser für bestimmte Gegenstände entwickelt hatte, so vor allem bei den Kunstversteigerungen. Gerade in oder nach Kriegszeiten hätte die Kunstversteigerung eine besonders wertvolle und vorsichtig zu behandelnde Einrichtung für die Preisbildung von Kunstgegenständen sein sollen; denn durch sie allein hätten die neuen Käuferschichten, die naturgemäß ohne die Vorkenntnisse und Erfahrungen der alten ausgeschiedenen Schichten beginnen mußten, etwas wie Vertrauen und einen sicheren Maßstab für die Angemessenheit der Preise gewinnen können. Diese Aufgabe der Versteigerung wurde gerade bei den Kunstversteigerungen völlig gestört, nicht zum mindesten durch das Eindringen gewissenloser Elemente, die sich die Not der Altbesitzer und die Unkenntnis der neuen Käuferschichten zunutze machten. Gerade hier erhoben sich am lautesten die Klagen über Mißstände.

Die bestehenden Vorschriften enthielten keine ausreichenden Handhaben, um den Mißständen entgegenzutreten. Vor allem konnte nicht schnell genug zugegriffen werden, da das Untersagungsverfahren nach der Gewerbeordnung sehr lange Zeit dauerte, und während des Verfahrens der Versteigerer sein Gewerbe ungehindert ausüben durfte. Diesen Übelstand beseitigte erst das Ges. zur Beseitigung von Mißständen im Versteigerergewerbe v. 7. Aug. 1933 (RGBl. I, 578), dadurch, daß es in Anlehnung an das GaststättG. die vorläufige Untersagung des Versteigerergewerbes mit sofortiger Wirkung einführte. Das Gesetz brachte aber keine endgültige Regelung; denn auch weiterhin konnte jeder Versteigerer werden. Erst das Ges. über das Versteigerergewerbe v. 16. Okt. 1934 (RGBl. I, 974) führte die Erlaubnis zum Betriebe des Versteigerergewerbes ein und schuf die Grundlage für die endgültige Regelung dieses Gewerbes.

Das VG. als Sondergesetz nimmt das Versteigerergewerbe aus der Gewerbeordnung heraus. Es regelt das Versteigerergewerbe nicht bis ins einzelne, sondern verpflichtet oder ermächtigt die Reichsregierung in einer Reihe von Fällen, weitere Bestimmungen zu erlassen, teilweise auch die obersten Landesbehörden damit zu beauftragen. Die erschöpfende Regelung des Versteigerergewerbes in dem Gesetze selbst empfahl sich nicht. Vor allem hätte eine gesetzliche Regelung der Rechte und Pflichten der Versteigerer auch über die Ausübung des Versteigerergewerbes selbst zu bestimmen gehabt. Dadurch wäre die schnelle Anpassung an die Bedürfnisse der Wirtschaft erschwert worden. Das Gesetz mußte besonders hier möglichst beweglich gestaltet werden. Deshalb ist die Form eines Rahmengesetzes gewählt, das der Reichsregierung den Erlaß weiterer Bestimmungen vorbehält. Die Durchführungsvorschriften hat der zuständige Reichsminister (Gemeinsame Geschäftsordnung der Reichsministerien, Besonderer Teil § 58 Abs. 1), hier also der Reichswirtschaftsminister, zu erlassen. Dieser muß alles für die Durchführung des VG. Notwendige bestimmen und darf nur dann die obersten Landesbehörden ermächtigen, Vorschriften zu erlassen, wenn das VG. ihn dazu ermächtigt.

Das VG. schafft also ein einheitliches Recht der Versteigerer im deutschen Reiche. Es läßt nur da Verschiedenheiten zu, wo sie unbedenklich sind, und wo wegen der noch nicht völlig vollzogenen Vereinheitlichung der Reichsverwaltung Sondervorschriften notwendig bleiben.

Der Reichswirtschaftsminister hat auf Grund der ihm im VG. gegebenen Ermächtigung die Verordnung zur Durchführung des Ges. über das Versteigerergewerbe (Versteigererverordnungen = VV.) v. 30. Okt. 1934 (RGBl. I, 1091) erlassen. Die VV. füllen nicht nur den Rahmen aus, den das VG. ge-

steckt hat; vielmehr sind in die VV. alle für die Versteigerer geltenden reichsrechtlichen Vorschriften hineingearbeitet, damit die Beteiligten alle Bestimmungen über das Versteigerergewerbe in den VV. zusammen finden. Die aus dem VG. lediglich übernommenen Bestimmungen sind in den VV. besonders als solche angeführt; z. B. in §§ 1, 7, 19, 20 VV. usw. Aus diesen Bestimmungen ist also ohne weiteres zu erkennen, daß sie nicht zu denen gehören, die den von dem VG. gesteckten Rahmen ausfüllen, deren Geltung also auf dem VG. beruht. So kann z. B. eine Strafe nicht auf §§ 83 oder 84 VV. gestützt werden, sondern nur auf §§ 10, 11 VG.

Die Darstellung will nicht den Inhalt der VV. im einzelnen wiedergeben, vielmehr nur die wichtigsten Besonderheiten erläutern.

II. Versteigererbegriff

Die Gewerbeordnung enthielt keine Begriffsbestimmung des Versteigerers. § 1 Abs. 1 VG. und § 1 VV. legen nunmehr den Begriff des Versteigerers fest. Hiernach ist Versteigerer, wer gewerbsmäßig *fremde* Sachen versteigert. Der Gesetzgeber beschränkt also den Versteigererbegriff auf die gewerbsmäßige Versteigerung fremder Sachen und folgt damit den Grundsätzen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung über den Begriff des Versteigerers herausgebildet hat (RG. vom 15. Dez. 1904, S. 573; Johow Bd. 28 S. C 28; v. 2. Okt. 1905, I S 656/05; GewArch. 5, 261; OLG. Braunschweig v. 19. Okt. 1911; GewArch. 11, 621; BayObLG. v. 6. Sept. 1929, II 190/29; GewArch. 28, 59). Man empfand es anfangs als eine Lücke, daß infolge der Beschränkung des Begriffs Personen, die ihre *eigenen* Sachen versteigerten, nicht unter die Vorschriften fielen; Schwierigkeiten ergaben sich jedoch zunächst nicht daraus. Erst während des Krieges machten sich gewisse Kunsthändler die Rechtslage zunutze; sie kauften Sachen zur Versteigerung und versteigerten diese als Ausfluß ihres stehenden Gewerbebetriebs. Hierdurch wurden Schiebungen möglich, die die Allgemeinheit lebhaft beklagte. Man plante, die Versteigerung eigener Sachen ganz zu verbieten, sah jedoch davon ab, weil man nicht überblicken zu können glaubte, welche Folgen ein solches Verbot haben könnte. Jetzt gibt § 8 Abs. 1 Ziff. 2 VG. der Reichsregierung die Möglichkeit, auch hier einzugreifen. Sie hat dies in § 82 VV. getan und bestimmt, daß Einzelhändler und Handwerker Versteigerungen nur nach § 38 ff. VV. durch Versteigerer vornehmen oder veranstalten dürfen. Es muß dann also insbes. geprüft werden, ob nach § 45 VV. ein besonderer, sie rechtfertigender Anlaß einwandfrei nachgewiesen, oder ob die Genehmigung zur Versteigerung nach § 46 VV. zu versagen ist. Hiernach sind von jeder Regelung frei Großhandelsversteigerungen, das sind Versteigerungen *eigener* Waren im Großbetriebe für Klein- und Großhändler. In diesen werden hauptsächlich Rohstoffe zum Teil aus überseeischen Ländern in Massen von Zeit zu Zeit abgesetzt. Diese wickeln sich nach handelsüblichen Bestimmungen ab; eine behördliche Regelung hat sich bisher nicht als nötig erwiesen.

III. Erlaubnis

A. Eingehende Vorschriften über die Voraussetzungen der Erteilung

Auf die rechtliche Natur der Erlaubnis und die Streitfragen hierüber braucht hier nicht eingegangen zu werden, da diese Fragen als dem Leserkreis bekannt vorausgesetzt werden können. Die Erteilung der Erlaubnis ist an zwei Voraussetzungen geknüpft, nämlich an die Bejahung, daß ein Bedürfnis für die Errichtung oder Fortsetzung des Versteigerergewerbes vorliegt, und an die Feststellung der Zuverlässigkeit des Nachsuchenden. Der Gedanke, die Erteilung der Erlaubnis an die Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen zu knüpfen, ist nicht neu; er findet sich in dem Gaststättengesetz (GG.). Auch der Maßstab, der an die Prüfung des Bedürfnisses anzulegen ist, entspricht dem des GG.; nur sagt § 10 Abs. 2 VV. hervorstechender, daß der „*Eigennutz des Nachsuchenden oder anderer Personen an der Erteilung der Erlaubnis ... nicht zu berücksichtigen*" ist.

Die Erlaubnis ist eine gebundene Erlaubnis, d. h. sie muß erteilt werden, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Das ergibt sich aus der rechtlichen Natur der Erlaubnis und findet seinen Ausdruck in § 9 VV.

Neu sind die eingehenden bindenden Vorschriften, die für die Prüfung der Zuverlässigkeit des Nachsuchenden in § 11 VV. aufgestellt sind. Hier ist also nicht der Übung der Erlaubnisbehörden freie Hand gelassen. Die VV. stellen Mindestanforderungen, das sind Forderungen, die der Nachsuchende unbedingt erfüllen muß (§ 11 Abs. 1 Ziff. 1—5 VV.), und bestimmen Ausschließungsgründe, die die Erteilung der Erlaubnis verhindern (§ 11 Abs. 2 VV.). Nur in einigen bestimmten Ausnahmefällen kann trotz des Vorliegens eines Ausschließungsgrundes die Erlaubnis erteilt werden (§ 111 Abs. 3 VV.). Selbstverständlich steht es den Erlaubnisbehörden frei, auch wenn formell die Mindestanforderungen erfüllt sind und keine Ausschließungsgründe vorliegen, die Zuverlässigkeit aus anderen Gründen zu verneinen und die Erlaubnis zu versagen, z. B. weil sie aus einem eingestellten Strafverfahren die Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden herleiten. Durch die strengen Vorschriften über die Zuverlässigkeit der Versteigerer soll, soweit dies irgend möglich ist, verhindert werden, daß der Auftraggeber keinem Versteigerer Güter irgendwelcher Art anzuvertrauen braucht, der sich einmal an fremdem Gute vergangen hat. Die über die Zuverlässigkeit aufgestellten Grundsätze lehnen sich verschiedentlich an die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung an, gehen aber vielfach weiter. Die Aufstellung strengerer Grundsätze ergab sich aus der Beobachtung des Versteigerergewerbes. Diese Grundsätze werden auch zur Schaffung und Erhaltung eines untadelhaften Versteigererstandes beitragen.

Die eingehenden Vorschriften über die Zuverlässigkeit bieten schließlich insofern einen weiteren Vorteil, als es nunmehr unbedenklich erscheint, den Rechtsmittelzug im Erlaubnisverfahren abzukürzen. Dies hat Preußen getan und bestimmt, daß die Bezirksverwaltungsgerichte im zweiten Rechtszug endgültig entscheiden (§ 10 Abs. 2 der Preuß. Versteigererbestimmungen v. 3. Dez. 1934 [GS. 439]).

B. Arten der Erlaubnis

Zum Versteigern gehört eine Kenntnis der Sachen, die der Versteigerer zu versteigern pflegt. Mangelnde Sachkenntnis läßt den Versteigerer als nicht zuverlässig erscheinen (§ 11 Abs. 1 Ziff. 2 VV.). Die Versteigerer können nicht auf allen Gebieten die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen besitzen. Ein Versteigerer in einer ländlichen Gegend ist nicht befähigt, Kunstgegenstände zu versteigern, ein Kunstversteigerer nicht ländliche Erzeugnisse. Deshalb bringt das Versteigererrecht als Neuerung die Beschränkung der Erlaubnis auf eine bestimmte Art von Versteigerungsgut. Die Trennung der Erlaubnis nach dem Versteigerungsgute beruht auf § 2 Abs. 2 VG. Danach kann die Reichsregierung weitere Vorschriften über den Inhalt der Erlaubnis erlassen, und zwar kann sie hiernach nicht nur den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt der Erlaubnis erweitern, sondern auch zu dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt weiteres bestimmen. Sie hat also die Befugnis, vorzuschreiben, für welche Arten von beweglichen Sachen die Erlaubnis erteilt werden darf. Hierdurch ist vor allem die sehr notwendig gewordene Sonderregelung der Kunstversteigerungen (§§ 69 ff. VV.) ermöglicht worden (s. zu IV D). § 4 VV. kennt vier verschiedene Arten von Versteigerungsgut; dementsprechend gibt es vier verschiedene Arten der Erlaubnis, nämlich die Erlaubnis zur Versteigerung von:

1. beweglichen Sachen, einschließlich von Früchten, die vom Boden noch nicht getrennt sind (Früchte auf dem Halm und Holz auf dem Stamme), und von Rechten, ausgenommen Verpachtungen an den Meistbietenden, allgemeine Erlaubnis;
2. Kunstgegenständen, kunsthandwerklichen und kunstgewerblichen Gegenständen aller Zeiten und Völker;
3. Briefmarken;
4. Gegenständen des Wochenmarktverkehrs in Markthallen.

Eine weitere Beschränkung auf einzelne Sachen, z. B. Lebensmittel, Pelze usw., ist möglich (§ 4 Abs. 2 VV.). Die

Verpachtung an den Meistbietenden nimmt eine Sonderstellung ein; die Verpachtung an den Meistbietenden ist eine auf den Abschluß eines Pachtvertrags, also auf ein Rechtsverhältnis von längerer Dauer gerichtete Tätigkeit. Diese war in Preußen bisher den „beeidigten und öffentlich angestellten" Versteigerern vorbehalten. Die Erlaubnis dazu kann jetzt aber unter den in § 4 Abs. 3 VV. enthaltenen Voraussetzungen auch den nichtvereidigten und öffentlich bestellten Versteigerern erteilt werden, stets aber nur im Zusammenhange mit der allgemeinen Erlaubnis.

C. Zusatzerlaubnis.

Erwähnt zu werden verdient noch die Zusatzerlaubnis (§ 5 VV.). Sie soll dem Auftraggeber Weiterungen ersparen, wenn Kunstgegenstände, kunsthandwerkliche und kunstgewerbliche Gegenstände mit anderen beweglichen Sachen versteigert werden sollen, weil sie mit ihnen zu einer Nachlaß- oder Konkursmasse oder einer Masse gehören, die der Schuldner im gerichtlichen Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses einem Dritten zur Verwertung für die Gläubiger überlassen hat (Treuhand- oder Liquidationsvergleich), oder weil diese Gegenstände zu einer Wohnungs- oder Geschäftseinrichtung oder zu einer sonstigen Gesamtheit von Sachen gehören, die infolge eines gemeinschaftlichen Zweckes im Verkehr als wirtschaftliche Einheit behandelt werden. Der Auftraggeber soll nicht gezwungen werden, das Versteigerungsgut unter zwei Versteigerer zu teilen, von denen der eine die allgemeine Erlaubnis besitzt, der andere Kunstversteigerer ist. Infolgedessen schafft § 5 VV. die Möglichkeit, unter den dort angegebenen Voraussetzungen einem Versteigerer, der die allgemeine Erlaubnis besitzt, auch die Erlaubnis zu gewähren, Kunstgegenstände, kunsthandwerkliche und kunstgewerbliche Gegenstände zu versteigern.

D. Träger der Erlaubnis

Der Versteigerer darf nach § 1 Abs. 1 VG., § 1 Abs. 2 VV. nur eine natürliche, also keine juristische Person sein. Das Verbot entspricht einem allgemeinen Wunsch. Es beruht auf der Erfahrung, daß durch das Rechtsgebilde der juristischen Person unzuverlässige Gewerbetreibende sich im Versteigerergewerbe betätigen könnten, das ihnen als natürliche Person verschlossen gewesen wäre. Ferner sichert der Ausschluß der juristischen Person aus dem Versteigerergewerbe das nach der besonderen Natur dieses Gewerbes unbedingt erforderliche persönliche Vertrauensverhältnis zwischen dem Versteigerer, dem Auftraggeber und Bieter. Selbstverständlich ist es möglich, daß mehrere natürliche Personen gemeinschaftlich das Versteigerergewerbe betreiben. Dann muß jedoch jeder von ihnen die nach § 1 Abs. 1 VG., § 1 Abs. 1 VV. erforderliche Erlaubnis haben.

E. Geltungsbereich der Erlaubnis

Gewerberechtlich klargestellt wird der örtliche Geltungsbereich der Erlaubnis. Die Gewerbeordnung läßt diese Frage offen. Im GG. war eine solche Vorschrift nicht notwendig, da die Erlaubnis notwendigerweise nur für bestimmte Räume erteilt wird. Im Versteigerergewerbe dagegen wäre es ohne nähere Bestimmung nicht sicher gewesen, in welchem Bezirke der Versteigerer sein Gewerbe ausüben dürfte. Nach § 2 VV., der auf § 2 Abs. 1 VG. beruht, darf der Versteigerer nur im Bezirke der Erlaubnisbehörde versteigern. Auf seinen Antrag kann der Bezirk über den der Erlaubnisbehörde erweitert werden. Die VV. beschränken jedoch die gesamte Tätigkeit des Versteigerers nicht auf den Bezirk. Aus dem Wortlaute von § 2 Abs. 1 VG. und § 2 Satz 1 VV. geht unzweideutig hervor, daß der Versteigerer nur die Versteigerung selbst in seinem Bezirke vornehmen muß. Er kann also alle anderen Handlungen, die zu seinem Versteigerergewerbe gehören, so z. B. die Werbung von Versteigerungsaufträgen, Verhandlungen zur Übernahme eines Auftrags usw., außerhalb des Bezirkes, in dem er versteigern darf, vornehmen. Die Versteigerung allein macht eben den Betrieb des Versteigerergewerbes nicht aus.

IV. Regelung des Versteigerergewerbes

A. Rechtsgrundlagen

Die Ermächtigung zur Regelung des Versteigerergewerbes in § 8 Abs. 1 Ziff. 1 VG. ist die gleiche wie die in § 38 GewO. Hiernach kann auf dieser Grundlage in das geltende Reichs- und Landesrecht eingegriffen werden, also auch in das bürgerliche Recht. Die Vorschriften können daher bestimmte Rechtsgeschäfte verbieten, ferner an sonst zulässige Rechtsgeschäfte andere Rechtsfolgen knüpfen als das bürgerliche Recht oder die Rechtsfolgen überhaupt abweichend von dem bürgerlichen Rechte regeln. Die Ermächtigung läßt auch eine Ergänzung des bürgerlichen Rechts zu. Zur Klarstellung, daß auch die Entstehung einer bürgerlich-rechtlichen Verpflichtung in den Vorschriften ausgeschlossen, die Verpflichtung also für nichtig erklärt werden kann, enthält § 8 Abs. 1 Ziff. 2 VG. ausdrücklich die Ermächtigung, auch Vorschriften über die Rechtswirkung hiernach verbotener Geschäfte zu erlassen.

§ 8 Abs. 1 Ziff. 1 VG. enthält ferner die Ermächtigung, auch formal den Geschäftsbetrieb der Versteigerer zu regeln. Infolgedessen kann über die Führung des Betriebs (Buchführung, Annahme von Aufträgen usw.) bestimmt, der Hergang und die Durchführung sowie die Überwachung der Versteigerungen geregelt werden.

Grundsätzlich steht die Befugnis zum Erlasse dieser Vorschriften der Reichsregierung und nicht wie nach § 38 GewO. den obersten Landesbehörden zu. Die Übertragung der Zuständigkeit an das Reich ist eine wichtige Neuerung des VG.; denn dadurch wird die Schaffung eines einheitlichen deutschen Versteigererrechts ermöglicht. Die Rechte und Pflichten der Versteigerer müssen im Reiche überall die gleichen sein; es wäre undenkbar, daß etwa in einem Lande Geschäfte bürgerlich-rechtlich für nichtig erklärt würden, in einem anderen nicht. Das VG. enthält zwar keine Vorschrift darüber, daß nur die Reichsregierung Vorschriften über Eingriffe in das bürgerliche Recht erlassen darf. Dies war auch nicht nötig; denn es würde dem Zwecke des Gesetzes widersprechen, würde die Reichsregierung den Erlaß der Vorschriften nach Abs. 2 im weitesten Umfange den obersten Landesbehörden übertragen.

§ 24 ff. VV. enthalten die auf Grund von § 8 Abs. 1 VG. erlassenen Bestimmungen; in den folgenden Ausführungen werden nur einige besonders wichtige Fragen behandelt.

B. Geschäftsführung

1. Grundsatz der Unparteilichkeit und Lauterkeit und seine Folgen

Die Vorschriften über die Geschäftsführung sind von dem Grundsatze der Unparteilichkeit und Lauterkeit beherrscht. Hiernach haben die Versteigerer „ihren Geschäftsbetrieb streng unparteiisch zu führen und alles zu unterlassen und zu verhindern, was zu einer Übervorteilung ihrer Auftraggeber oder der Kauflustigen führen kann; insbes. haben sie sich aller unlauteren Handlungen zu enthalten und dürfen nichts tun oder zulassen, was die Allgemeinheit täuschen kann" (§ 29 VV.). Sie sollen nach § 33 Abs. 2 Ziff. 3 VV. der unparteiische und lautere Mittler zwischen Verkäufer und Käufer sein. Alle sich aus diesem Grundsatz ergebenden Folgen lassen sich nicht in Bestimmungen fassen. Bei der Beurteilung von Handlungen oder Unterlassungen der Versteigerer wird stets gefragt werden müssen, ob ein Verstoß gegen diesen Grundsatz vorliegt. Aus der Stellung der Versteigerer als unparteiische und lautere Mittler folgt, daß ihnen gewisse Geschäfte verboten werden müssen. Schon bisher hatte die Rechtsprechung Verbote bestimmter Geschäfte für die Versteigerer als rechtsgültig anerkannt (KG. v. 25. April 1904, S 366/04; GewArch. 3, 596). § 30 VV. zählt die Geschäfte auf, die unter allen Umständen gegen den Grundsatz der Unparteilichkeit und Lauterkeit verstoßen. Das Verbot soll verhindern, daß sich Versteigerer mittelbar oder unmittelbar an dem Ergebnisse der Versteigerung über das zugelassene Maß hinaus (§ 40 Ziff. 1a

VV.) beteiligen. Verboten sind u. a. die Bevorschussung des Versteigerungsguts, die Kaufgelder und die Ausbietungsgewähr. Die Bevorschussung mußte gänzlich untersagt werden; denn durch die Hergabe eines Vorschusses wird der Versteigerer zwar rechtlich nicht Eigentümer des Versteigerungsguts, wirtschaftlich erlangt er aber die Verfügung darüber und wird an dem Ergebnisse der Versteigerung in einer Weise beteiligt, die dem Grundsatze der Unparteilichkeit und Lauterkeit widerspricht. Einen Mittelweg gab es nicht. Die Bevorschussung bis zu einem bestimmten Teile des Wertes des Versteigerungsguts zuzulassen, erschien zwar naheliegend, ließ sich aber wegen der Schwierigkeit einer angemessenen Schätzung nicht durchführen. Die Verhinderung der Bevorschussung, der Kaufgelder- und Ausbietungsgewähr mußte mit allen Mitteln durchgesetzt werden, weil hierdurch die Stellung des Versteigerers als lauterer und unparteiischer Mittler am meisten gefährdet werden würde. Nur hier haben die VV. von der Ermächtigung Gebrauch gemacht, diese Geschäfte auch bürgerlich-rechtlich als nichtig zu erklären (§ 30 Abs. 2 VV.). Im übrigen ist es verboten, die den Versteigerern untersagten Geschäfte durch andere Rechtsgeschäfte zu umgehen (§ 30 Abs. 1 Ziff. 7 VV.).

2. Betrieb von Handels- und anderen Gewerben

Es bestanden starke Strömungen, den Versteigerern jedes andere Handels- oder sonstige Gewerbe außer dem Versteigerergewerbe zu verbieten. Dies erschien jedoch namentlich wegen der Verhältnisse in ländlichen Bezirken nicht durchführbar. § 33 VV. enthalten alle Sicherungen, die notwendig sind, um Unzuträglichkeiten, die sich aus dem Betriebe von Handels- und anderen Gewerben außer dem Versteigerungsgewerbe ergeben können, zu vermeiden oder zu beseitigen.

C. Freiwillige Versteigerungen

1. Vereinbarungen

Neu und von besonderer Wichtigkeit sind die Vorschriften über die Auftragsbedingungen (Rechtsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Versteigerer, § 40 VV.) und die Versteigerungsbedingungen (Rechtsverhältnis des Auftraggebers und des Versteigerers zum Käufer und über die Durchführung der Versteigerung, § 41 VV.). Zum ersten Male sind Vorschriften erlassen, die zwingend verlangen, worüber — nicht wie — Auftraggeber und Versteigerer sich einigen müssen. Diese Bestimmungen sollen klare Rechtsverhältnisse schaffen. Sie waren notwendig, weil Fälle bekanntgeworden sind, in denen die Auftraggeber vielfach über den Sinn ihrer Aufträge völlig im Unklaren gelassen waren und sie dann Vertragsbestimmungen, insbes. Zahlungsbedingungen, wirksam werden sahen, deren Tragweite sie als Laien bei der Vertragsunterschrift nicht erkennen konnten.

2. Genehmigung und Versagung der einzelnen Versteigerung

Alle freiwilligen Versteigerungen müssen vorher genehmigt werden. Ohne eine solche Genehmigung sind Prüfung und Überwachung der Versteigerungen nicht möglich. Die Gründe, die gegen die Genehmigungspflicht jeder einzelnen Versteigerung sprechen, können die Vorteile der Genehmigung nicht aufwiegen. Die Einführung der Genehmigung ist noch aus einem weiteren wichtigen Grunde notwendig. Die Versteigerung ist nicht der gewöhnliche Weg des Absatzes von Waren an den letzten Verbraucher; es muß verhindert werden, daß sie dazu wird. Deshalb darf eine Versteigerung nach § 44 VV. nur genehmigt werden, „wenn ein besonderer sie rechtfertigender Anlaß einwandfrei nachgewiesen ist". Die Versteigerung darf auch nicht angesessene Gewerbetreibende empfindlich schädigen. § 46 Abs. 2 VV. bestimmt, wann eine solche Schädigung in der Regel als vorliegend anzusehen ist. Diese Vorschrift bedeutet einen Schutz des angesessenen Handels und Gewerbes gegen die künstliche Schaffung eines Marktes durch Abhaltung von Versteigerungen.

3. Die Versteigerung selbst

Die Vorschriften über die Versteigerung selbst (§§ 53 ff. VV.) zeigen, wie eine Versteigerung verläuft, und geben dem Versteigerer genau an, wie er sich zu verhalten hat. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden. Jedoch werden verschiedene Bestimmungen im Zusammenhange mit den Kunstversteigerungen (s. unter D) besprochen werden.

4. Freihändiger Verkauf

Daß vor der Versteigerung kein freihändiger Verkauf des Versteigerungsguts stattfinden darf, ist selbstverständlich. Sehr schwierig zu entscheiden war aber die Frage, ob den Versteigerern der freihändige Verkauf nach der Versteigerung erlaubt werden sollte. Der Handel hat gegen die Zulassung des freihändigen Verkaufs auch nach der Versteigerung Einwendungen erhoben, denen man eine Berechtigung nicht ohne weiteres von vornherein absprechen konnte. Trotzdem lassen die VV. unter den in § 68 enthaltenen Voraussetzungen den freihändigen Verkauf zu. Die Einführung der Erlaubnis, besonders die strenge Prüfung der Zuverlässigkeit der Versteigerer, lassen es unbedenklich erscheinen, daß die Versteigerer binnen einem Monat nach Schluß der Versteigerung freihändig verkaufen dürfen, wenn sie der Auftraggeber hierzu schriftlich ermächtigt hat. Der freihändige Verkauf wird häufig auch von Vorteil für den Auftraggeber sein, ihm z. B. Beförderungskosten von den Versteigerungsräumen in andere Verkaufsräume ersparen. Sollte ein Versteigerer die Bestimmung über den freihändigen Verkauf benutzen, um z. B. durch lässiges Betreiben der Versteigerung sich auf Umwegen einen Handel mit dem ihm übergegebenen Versteigerungsgute zu ermöglichen, so erweist er sich als unzuverlässig und muß seine Erlaubnis verlieren. Die Aufsichtsbehörden werden in solchen Fällen sofort scharf durchgreifen müssen.

D. Kunstversteigerungen

Die Mißstände auf den Kunstversteigerungen haben die Öffentlichkeit am meisten beschäftigt. Die Kunstversteigerungen haben sich besonders mit der Entstehung privater Kunstsammlungen entwickelt. Ihre Ergebnisse waren für Sammler und Kunsthändler von Bedeutung; denn sie ergaben ein einigermaßen zuverlässiges Bild über die Preisbewegung von Kunstgegenständen, die sich anders kaum verfolgen ließ. Mit dem Auftreten neuer Käuferschichten begannen schon während des Krieges die Klagen über die Mißstände auf den Kunstversteigerungen. Sie verstärkten sich nach dem Kriege. Immer mehr verlor die Kunstversteigerung ihre preisbildende und preisregelnde Aufgabe. Die Gründe, die zu den unhaltbaren Zuständen auf den Kunstversteigerungen führten, sind verschiedenster Art. Sie im einzelnen darzulegen, überschreitet den Rahmen dieser Darstellung. Nur einiges sei hier erwähnt:

1. Um die Sucht zu befriedigen, schnell erworbene Gelder „wertbeständig" anzulegen, mußten immer neue Kunstgegenstände herbeigeschafft werden. Ausländisches, namentlich russisches Kunstgut wurde auf den Markt geworfen und den neuen Käuferschichten als besonders wertvoll angepriesen. Wohl der schlimmste Mißstand war, daß das Kunstgut zu Handelsware wurde, und daß deutsches Kulturgut ausländischem gegenüber im Preise gedrückt, teilweise sogar zu Schleuderpreisen abgesetzt wurde.

2. Die neuen Käuferschichten verlangten Sicherheiten über die Art, die Herkunft und den Ursprung der Kunstgegenstände. Die allgemeine Unsicherheit auf den Kunstversteigerungen führte zur Einholung von Sachverständigengutachten, Expertisen, die vielfach bedeutungsvoller wurden als der Gegenstand selbst.

3. Lebhaft wurde über die Verzeichnisse (Kataloge) geklagt, und zwar hauptsächlich nach zwei Richtungen hin.

a) Man kündigte die Versteigerung einer bekannten Sammlung an und fügte dem bekannten Namen des Sammlers möglichst klein gedruckt hinzu „u. a. a. B.", d. h. „und aus anderem Besitz". Aus der mit Namen genannten Sammlung stammten aber die wenigsten Werke, die meisten zur Versteigerung kommenden Sachen waren zusammengetragen und in der Kunstwelt schon lange als Ladenhüter und schlechte Stücke bekannt. Einen Schutz hiergegen gewähren die Bestimmungen über die Verzeichnisse (Kataloge) in § 51 VV.

b) Die Verzeichnisse (Kataloge) enthielten vielfach mehr oder minder allgemein gehaltene Vorreden oder Einleitungen von bekannten Kunstwissenschaftlern. Diese drückten den Verzeichnissen in den Augen der Allgemeinheit leicht den Stempel eines wissenschaftlich nachgeprüften Werkes auf. Vielfach wurde auch erklärt, daß das Verzeichnis unter Beteiligung oder Mithilfe von bekannten Sachverständigen aufgestellt sei. Wie die Erfahrung gelehrt hat, wurde hierdurch oft der Eindruck erweckt, die Angaben in einem solchen Verzeichnisse seien unbedingt zuverlässig. An einer anderen, oft unauffälligen Stelle des Verzeichnisses wurde jedoch jede Haftung für die Richtigkeit der Angaben abgelehnt. Hieraus entstand der Wunsch, dem Versteigerer eine Haftung für die Richtigkeit der Angaben in dem Verzeichnis (Katalog) aufzuerlegen (Näheres s. Günther, „Zur Frage der Gewährleistung der Versteigerer" in MBlWiA. 1933, 546). Die VV. haben aus den verschiedensten Gründen von der Einführung einer Haftung des Versteigerers Abstand genommen, insbes. weil die Prüfung der Zuverlässigkeit der Versteigerer und die Einschaltung der Reichskammer der bildenden Künste mit ausschlaggebendem Einfluß die mit großen Schwierigkeiten verbundene Regelung als entbehrlich erscheinen ließ. Auch die neue Werbegesetzgebung wird die Versteigerer zur Vorsicht zwingen (Näheres s. Günther, „Die Bedeutung der Vorschriften über die Wirtschaftswerbung für die Versteigerer" in MBlWiA. 1934, 159).

4. Berechtigte Klagen wurden auch über die sogenannten verschleierten Rückkäufe geführt. Einzelne Sachen wurden auf Veranlassung eines irgendwie besonders Beteiligten so hoch geschätzt oder der Mindestpreis für sie so hoch angegeben, daß entweder der Erwerber die Sache überzahlte, oder daß verständlicherweise der Mindestpreis nicht erreicht werden konnte. Trotzdem wurde durch Strohmänner der Preis in die Höhe getrieben und einem Strohmanne dann scheinbar zugeschlagen. Tatsächlich blieben die Kunstgegenstände unverkauft. Die Scheinpreise wurden aber in der Presse als wirklich erzielte Preise erörtert. Besonders gefärbte Aufsätze über die in Versteigerungen erzielten Preise erregten in der Allgemeinheit eine völlig falsche Auffassung von der Preisbewegung. Hiergegen bieten §§ 63, 56, 57 VV. Schutz. Danach haben die Versteigerer die Sache sofort nach dem Ausbieten zurückzuziehen, wenn sie den Zuschlag nicht erteilen, obwohl der Auftraggeber den Zuschlag sich nicht vorbehalten hat, und haben zugleich mit der Zurückziehung zu verkünden, daß sie die Sache in der Versteigerung nicht nochmals ausbieten dürfen. Sie dürfen durch Aufstellung von Personen, die nur zum Scheine mitbieten, nicht zum Überbieten verleiten, und schließlich schalten § 57 VV. die §§ 116 Satz 2, 117 Abs. 1 BGB. aus. Derjenige, dem zum Scheine der Zuschlag erteilt worden ist, kann sich auf diese Bestimmungen nicht berufen. Er läuft also Gefahr, aus dem Kaufgeschäfte voll in Anspruch genommen zu werden.

§ 74 VV. klären die Frage, ob der Kunstversteigerer auch Kunsthandel betreiben darf. Das Für und Wider ist im Jahre 1933 von Kunsthändlern und damals maßgebenden Kunstversteigerern in der Öffentlichkeit sachlich und maßvoll in der Form erörtert worden. Gewiß läßt sich der Forderung, den Kunsthandel von den Kunstversteigerungen völlig zu trennen, so wie die Verhältnisse nach dem Kriege auf den Kunstversteigerungen sich entwickelt hatten, eine gewisse Berechtigung nicht absprechen. Wenn jedoch durch die neuen strengen Bestimmungen eine Gewähr geboten wird, die Kunstversteigerungen wieder zu dem zu machen, was sie früher waren und sein sollen, so liegt kein Grund vor, diese Trennung durchzuführen, zumal ihr früheres Nichtbestehen zu keinen Klagen geführt hat. Im Gegenteil wird der Kunstversteigerer, der gleichzeitig Kunsthändler ist, infolge seiner Sachkenntnis den Kauflustigen ein guter Berater sein, und man wird gerade nicht befürchten müssen, daß er zur Verschleuderung von Kulturgut beitragen wird.

Die Regelung der Kunstversteigerungen läßt sich nicht durchführen ohne die Einschaltung der Reichskammer der bildenden Künste, der in § 71 Abs. 2 VV. bei der Erlaubniserteilung und in § 76 VV. bei der Genehmigung der einzelnen Kunstversteigerung ein entscheidender Einfluß eingeräumt ist. Die Reichskammer der bildenden Künste als berufene Hüterin deutschen Kulturguts wird erfolgreich dazu beitragen, daß die hervorgetretenen Mißstände auf den Kunstversteigerungen wieder verschwinden.

V. Schluß

Zusammenfassend schafft die neue gesetzliche Regelung die Grundlage für ein neues unparteiisches und lauteres Versteigerungsgewerbe und legt damit den Grundstein zu einem gesunden Versteigererstand. Das neue Versteigererrecht schließt sich an die tief greifende Neuregelung der Wirtschaftswerbung und des ständischen Aufbaues an. § 37 VV. schlägt eine Brücke zu den gerade für das Versteigerergewerbe bedeutsamen Bestimmungen und Richtlinien des Werberates der deutschen Wirtschaft. Die Bestimmungen über die Kunstversteigerungen (§§ 69 ff. VV.) bauen das Versteigerungsrecht in das Recht der Reichskulturkammer ein. So wurde eine einheitlich geschlossene Rechtsordnung für das Versteigerergewerbe im Sinne des neuen Deutschlands geschaffen.

Die neue Regelung des Umwandlungsrechts der Kapitalgesellschaften

Von Amtsgerichtsrat Dr. Karl-August Crisolli, Berlin

Das sog. Umwandlungsgesetz (UG.) v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569) hat durch die DurchfVO. v. 14. Dez. 1934 (RGBl. I, 1262) eine weitreichende Ergänzung und Abänderung erfahren. Auch sind die von Groschuff: JW. 1934, 2661, 3035 zum UG. aufgeworfenen Zweifelsfragen durch die DurchfVO. in weitem Umfange geklärt worden.

Die durch die DurchfVO. geschaffenen Neuerungen auf dem Gebiete des Umwandlungsrechtes erleichtern die Umwandlung in erheblichem Maße und werden daher die Praxis veranlassen, von den Umwandlungsmöglichkeiten in größerem Umfange, als es bisher geschehen ist, Gebrauch zu machen (ebenso Quassowski: Deutsche Justiz 1934, 1635).

Die DurchfVO. zerfällt in 6 Artikel. Sie behandelt die Umwandlung unter gleichzeitiger Errichtung einer Gesellschaft nach dem BGB., die Umwandlung durch Mehrheitsbeschluß, die Umwandlung im Liquidationsstadium, die Behandlung eigener Aktien bei der Umwandlung, die Umwandlung bei Beteiligung juristischer Personen und schließlich das Firmenrecht bei der Umwandlung.

1. Die Umwandlung unter gleichzeitiger Errichtung einer Gesellschaft nach bürgerlichem Recht.

Nach dem UG. war es streitig, ob eine Umwandlung in eine zu errichtende OHG. nach §§ 9 ff. UG. möglich war, wenn der Gegenstand des Unternehmens der umzuwandelnden AktG., GmbH. oder KommGes. a. A. nicht ein Handelsgewerbe i. S. von § 105 HGB. war. Nach der einen Ansicht (vgl. dazu Groschuff: JW. 1934, 1823) konnte der Registerrichter die Umwandlung ablehnen, wenn ein nach §§ 1—3 HGB. eintragungsfähiges Unternehmen nicht vorlag oder das betriebene Unternehmen sich als ein Kleingewerbe nach § 4 HGB. oder Handwerk herausstellte. Damit waren namentlich die zahlreichen Grundstücksgesellschaften

von der Umwandlung dann ausgeschlossen, wenn nicht der Fall der Einmanngesellschaft vorlag; denn die Verwaltung von Grundstücken ist nicht als ein Handelsgewerbe anzusehen (vgl. KG.: Ring 8, 142). Anderer Ansicht waren Böttcher-Meilicke[1]) S. 45, nach denen es für die Umwandlung in eine zu errichtende OHG. auf die Handelsgewerbeeigenschaft nicht ankam. Nach ihnen stand dem Registerrichter eine dahingehende Nachprüfung nicht zu.

Die DurchfVO. ergibt nun, daß die erste Ansicht zutrifft. In der VO. ist nämlich in den §§ 1, 2 bestimmt, daß, falls der Gegenstand des Unternehmens der umzuwandelnden AktG., KommGes. a. A. oder GmbH. für die Errichtung einer OHG. nach §§ 105, 4 HGB. nicht ausreicht, eine Umwandlung nur in eine zu errichtende[2]) Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts nach §§ 705 BGB. möglich sein soll.

Die Umwandlung in eine zu errichtende Gesellschaft nach BGB. ist daher nur möglich, wenn weder ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. ausgeübt wird, noch das Unternehmen der umzuwandelnden Gesellschaft nach § 2 HGB. nach Art und Umfang eine in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert (ebenso bereits Quassowski: Deutsche Justiz 1934, 1629), noch ein eingetragener Betrieb nach § 3 Abs. 2 HGB. vorliegt[3]). Liegen bei der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft auch nur die Voraussetzungen der §§ 2—3 HGB. vor, so ist eine Umwandlung durch Errichtung einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ausgeschlossen. Eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die ein Gewerbe nach §§ 2—3 HGB. betreibt, wird zur OHG., wenn sie im Handelsregister eingetragen ist. Das Erfordernis der Eintragung bei einer Umwandlung in eine Personalgesellschaft ist aber durch die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses bereits erfüllt, da die Eintragung als Personalgesellschaft nach § 11 Abs. 2 UG. von Amts wegen ohne Anmeldung vorgenommen wird. Hierbei ist aber zu beachten, daß ein Handwerk niemals einen Gewerbebetrieb nach § 2 HGB. bilden kann, selbst dann nicht, wenn sein Betrieb die Voraussetzungen des § 2 BGB. erfüllt (ebenso Staub, Anm. 10 zu § 2 mit eingehendem Literaturnachweis).

Eine Umwandlung in eine zu errichtende Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB. ist daher ausgeschlossen, wenn

a) die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft nur aus einer Person[4]) besteht. Ist nur eine Person vorhanden, so ist die Umwandlung nur nach § 8 UG. vorzunehmen, d. h. durch Übertragung des Vermögens auf den alleinigen Gesellschafter. Dies ist auch dann möglich, wenn der einzige Gesellschafter eine juristische Person ist (§ 11 VO.; vgl. unten zu 5 A);

b) unter den mehreren Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft sich eine juristische Person befindet (§ 10 DurchfVO.; vgl. unten zu 5 B). Ist dies der Fall, so ist die Umwandlung nur nach Zulassung durch den RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle möglich;

c) unter den mehreren Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft sich eine OHG. oder KommGes. befindet. Dies ist zwar im UG. und der DurchfVO. nicht ausgeführt, ergibt sich aber daraus, daß eine OHG. oder KommGes. nicht Gesellschafter einer BGB.-Gesellschaft sein kann, weil dies dem Wesen der BGB.-Gesellschaft widerspricht[5]);

d) das von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft betriebene Unternehmen ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. ist. Liegt dies vor, so ist die Umwandlung durch Errichtung einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft nur möglich, wenn der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht (§ 4 HGB.). Wird von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. betrieben, so ist die Umwandlung nur durch Errichtung einer OHG. oder KommGes. nach §§ 9 ff., 12 UG. möglich.

Die Umwandlung in eine zu errichtende OHG. ist aber auch bei Vorliegen eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes nach § 1 Abs. 2 HGB. nur zulässig, wenn sich unter den Gesellschaftern keine OHG. oder KommGes. befindet, da diese nicht als persönlich haftende Gesellschafter an der zu errichtenden Personalgesellschaft beteiligt werden können[6]). Eine Umwandlung in eine zu errichtende KommGes. ist bei Vorliegen eines vollkaufmännischen Gewerbes auch dann zulässig, wenn einer der Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft eine OHG. oder KommGes. ist, falls dieser Gesellschafter an der zu errichtenden KommGes. nur als Kommanditist beteiligt wird, der OHG. oder KommGes. Kommanditisten einer KommGes. sein können (vgl. Staub, Anm. 6 zu § 161);

e) das von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft betriebene gewerbliche Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (§ 2 HGB.) oder ein eingetragener Betrieb nach § 3 Abs. 2 HGB. vorliegt. Wird ein derartiges Unternehmen unterhalten, so ist die Umwandlung ebenfalls nur durch Errichtung einer OHG. oder KommGes. möglich. Falls sich unter den Gesellschaftern der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft OHG. oder KommGes. befinden, so ist eine Umwandlung nach den Ausführungen zu d nur möglich, falls eine KommGes. errichtet wird und diese Gesellschafter an ihr nur als Kommanditisten beteiligt werden.

Der Registerrichter der Handelsregisterabteilung B hat daher vor der Eintragung der Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft zu prüfen, ob einer der vorliegenden Ausschließungsgründe vorliegt. Insbesondere hat er zu untersuchen, ob ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. oder ein Gewerbe nach §§ 2, 3 HGB. vorliegt.

Ebenso hat der Registerrichter des Handelsregisters B vor der Eintragung einer Umwandlung in eine OHG. oder KommGes. eingehend zu untersuchen, ob das von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft bis dahin betriebene Unternehmen ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. oder ein Gewerbe nach §§ 2—3 HGB. ist. Insbesondere hat er dabei zu untersuchen, ob das etwa vorliegende Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. nicht auf den Umfang eines Kleingewerbes herabgesunken ist. Dabei wird er wichtige Fingerzeige aus der Höhe des Gewerbekapitals der Kapitalgesellschaft finden und in Zweifelsfällen ein Gutachten der Organe des Handelsstandes erfordern. Der Registerrichter der Handelsregisterabteilung B hat bei dieser Prüfung besonders vorsichtig zu sein, da der Richter der A-Abteilung an die Eintragung der Umwandlung im B-Register gebunden ist und also gegebenenfalls die Eintragung der

---

[1]) „Umwandlung und Auflösung usw.", Berlin 1934.

[2]) Eine Umwandlung in eine bestehende bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ist nicht zulässig.

[3]) Vgl. Staub, Anm. 14 zu § 105.

[4]) Besteht die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft aus einem Hauptgesellschafter, der $^9/_{10}$ des Grundkapitals besitzt, so ist eine Umwandlung in eine zu errichtende BGB.-Gesellschaft ausgeschlossen, falls der Hauptgesellschafter eine OHG. oder KommGes. ist (§ 6 Abs. 2 DurchfVO.; vgl. unten zu 2 B 2). Ist der Hauptgesellschafter eine juristische Person, so ist eine Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft nur durch Zulassung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle möglich (vgl. § 11 DurchfVO.; vgl. unten zu 2 B 3 und 5 A 3).

[5]) Nach § 717 BGB. sind die Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis unübertragbar. Durch die Aufnahme einer OHG. oder KommGes. als Gesellschafter würde diese Vorschrift umgangen werden, da die OHG. oder KommGes. sich jederzeit ohne Widerspruchsrecht der anderen BGB.-Gesellschafter in ihrem Mitgliederbestande ändern kann. Durch die Zulassung der OHG. oder KommGes. als BGB.-Gesellschafter würde in die BGB.-Gesellschaft eine Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit der Gesellschafter getragen werden, die dem Wesen der BGB.-Gesellschaft widerspräche.

Die gegenteilige Ansicht, die evtl. auf eine vertragliche Abänderbarkeit des § 717 BGB. zu begründen wäre (vgl. LZ. 21, 617), würde zu folgendem unhaltbaren Ergebnis führen. Von der BGB.-Gesellschaft wird ein Minderkaufmannsunternehmen nach §§ 1 Abs. 2, 4 HGB. betrieben. Das Unternehmen hebt sich und wird vollkaufmännisch. Dadurch wird es zur OHG. Das ist aber ausgeschlossen, da nach ständiger Rechtsprechung (vgl. Anm. 6) eine OHG. nicht Gesellschafterin einer OHG. sein kann, weil bei ihr eine vertragliche Außerkraftsetzung des § 717 BGB. nicht möglich ist, weil sie dort der dort erforderlichen innigen Bindung der Personenvereinigung widersprechen würde (vgl. Staub, Anm. 17a zu § 109).

[6]) Einhellige Rechtsprechung (z. B. DNotZ. 29, 341; RJA. 15, 43; vgl. Staub, Anm. 23 zu § 105).

OHG. oder KommGes. ohne das erforderliche Handelsgewerbe von Amts wegen vorzunehmen hat (§ 11 Abs. 2 UG.).

Liegt einer der Hinderungsgründe der Umwandlung vor — wird z. B. eine Kapitalgesellschaft, die ein Handwerk betrieb, in eine OHG. oder KommGes. umgewandelt —, so hat der Registerrichter der Handelsregisterabteilung B die Eintragung abzulehnen. Es kann, falls die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft eine AktG. oder KommGes. a. A. ist, zweifelhaft sein, ob der Richter die Eintragung für dauernd oder nur zeitweise ablehnen kann. Bei den AktG. und KommGes. a. A. unterliegen nämlich — im Gegensatz zu den Verhältnissen bei der GmbH. — die anfechtbaren Generalversammlungsbeschlüsse der Anfechtungsfrist von einem Monat (§ 271 Abs. 2 HGB.). Sie werden also durch Ablauf dieser Anfechtungsfrist geheilt. Nur die nichtigen Generalversammlungsbeschlüsse unterliegen der dauernden Ungültigkeit. Es kann bei dem hier zur Verfügung stehenden Raum nicht näher ausgeführt werden, welche Verstöße gegen das Umwandlungsrecht eine Nichtigkeit und welche eine Anfechtbarkeit des Umwandlungsbeschlusses zur Folge haben. Nach der herrschenden Lehre[7]) sind Generalversammlungsbeschlüsse dann nichtig, wenn sie gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen, auf deren Inhalt die Beteiligten nicht verzichten können. Dies wird bei den Umwandlungsbeschlüssen häufig vorliegen, da es sich bei den Vorschriften des Umwandlungsrechtes meist um zwingendes, unverzichtbares Recht handeln wird.

Ist ein unzulässiger Umwandlungsbeschluß eingetragen, so kann gegen die Eintragung das Löschungsverfahren nach § 144 Abs. 2 RFGG. eingeleitet werden, wenn der Inhalt des Umstellungsbeschlusses — nicht die Art seines Zustandekommens — gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstößt. Auch dies wird bei fehlerhaften Umstellungsbeschlüssen oft vorliegen (vgl. Groschuff: JW. 1934, 1825).

Im übrigen unterliegt die Umwandlung der Kapitalgesellschaften in eine Gesellschaft nach dem BGB. der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Umwandlung bei Errichtung einer OHG. Danach muß ein gerichtlich oder notariell beurkundeter Beschluß der Gesellschafterversammlung vorliegen. Dieser Beschluß bedarf nicht mehr der Einstimmigkeit aller Gesellschafter, es genügt ein Mehrheitsbeschluß nach Maßgabe der §§ 3 ff. DurchfVO. (vgl. unten zu 2). Die gesetzlichen Vertreter der umzuwandelnden Gesellschaft haben die Umwandlung in die BGB.-Gesellschaft unter Beifügung des Generalversammlungsprotokolls und der der Umwandlung zugrunde gelegten Bilanz zur Eintragung anzumelden. Mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses ist die Kapitalgesellschaft aufgelöst; es entsteht mit der Eintragung die BGB.-Gesellschaft. Mit der Auflösung der Kapitalgesellschaft, die einer besonderen Eintragung nicht bedarf, erlischt deren Firma. Auch geht ihr Vermögen einschließlich der Schulden mit der Eintragung im Wege der Universalsukzession[8]) auf die Gesellschafter der BGB.-Gesellschaft über und bildet das Gesellschaftsvermögen nach § 718 BGB. Auch finden die Vorschriften über die Gläubigerrechte und die getrennte Verwaltung während des Sperrhalbjahres usw. nach §§ 6, 7 UG. entsprechende Anwendung.

In der Wirkung bestehen zwischen der Umwandlung in eine OHG. oder KommGes. und der Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft naturgemäß sehr erhebliche Unterschiede. Einmal entsteht nämlich eine OHG. oder KommGes., die nach § 124 HGB. wie eine Art eigene Rechtspersönlichkeit auftritt, das andere Mal entsteht eine BGB.-Gesellschaft, bei der die Gesellschafter als Gesamthänder die Rechtsträger sind. Hierauf hat bereits Quassowski mit Recht a. a. O. eingehender hingewiesen. Vor allem geht bei der Umwandlung in eine BGB.-Gesellschaft die Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft restlos unter. Da die BGB.-Gesellschaft keine Firma führen kann, kann sie auch von den Rechten der Firmenfortführung nach den §§ 5 Abs. 2, 12 DurchfVO. (vgl. unten zu 6) keinen Gebrauch machen. Dies wird in den Fällen für die Beteiligten besonders fühlbar sein, in denen die Umwandlung in eine OHG. oder KommGes. nicht möglich ist, weil das Handelsgewerbe der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft auf den Betrieb eines Kleingewerbes nach § 4 HGB. herabgesunken ist oder ein Handwerk ist.

2. Die Umwandlung durch Mehrheitsbeschluß

A. Im allgemeinen

Bisher war eine Umwandlung einer Kapitalgesellschaft unter gleichzeitiger Errichtung einer Personalgesellschaft (OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft) bei Beteiligung mehrere Aktionäre oder Gesellschafter nur möglich, wenn alle Gesellschafter der Umwandlung in notariell oder gerichtlich beurkundeter Form zugestimmt hatten, gleichgültig, ob die Ge-Gesellschafter in der Umwandlungs-Generalversammlung erschienen waren oder nicht (§§ 10, 13, 14 UG.).

Nunmehr genügt nach §§ 3, 4 DurchfVO. zur Umwandlung eine Mehrheit unter folgenden Voraussetzungen:

a) Es muß eine $^9/_{10}$-Mehrheit des gesamten Grundkapitals für die Umwandlung stimmen. Diese $^9/_{10}$-Mehrheit braucht aber nicht in der Umwandlungs-Generalversammlung vertreten zu sein. Die Zustimmung bedarf aber der gerichtlich oder notariell beurkundeten Form (§ 4 Abs. 2 DurchfVO.). Über die Verrechnung von eigenen Aktien oder GmbH.-Anteilen der Kapitalgesellschaft bei dieser Abstimmung vgl. unten zu 4.

b) Es muß eine $^3/_4$-Mehrheit des in der Umwandlungs-Generalversammlung vertretenen Grundkapitals vorliegen (§ 4 Abs. 2 DurchfVO.).

c) Die Umwandlung muß als Gegenstand der Generalversammlung mindestens zwei Wochen vor dem Tage der Generalversammlung ordnungsmäßig angekündigt worden sein (§ 4 Abs. 1 S. 2 DurchfVO.). Eine ordnungsmäßige Ankündigung liegt nur dann vor, wenn sie in der vom Gesellschaftsvertrage bestimmten Weise erfolgt ist (§ 255 HGB.).

d) Nur die zustimmenden Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft dürfen an der zu errichtenden OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft als Gesellschafter beteiligt sein (§ 3 Abs. 1 DurchfVO.).

e) Alle zustimmenden Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft müssen Gesellschafter der zu errichtenden OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft werden. Dies steht zwar nicht ausdrücklich in der DurchfVO., ergibt sich aber aus dem Sinn der Vorschriften der §§ 3—5 DurchfVO. Der Sinn dieser Vorschriften besteht nämlich nur darin, das Erfordernis der Einstimmigkeit in den Fällen in Fortfall zu bringen, in denen sonst der Zufall oder unsachliche Gründe von kleinen Minderheiten eine an sich gerechtfertigte Umwandlung verhindert hätten (ebenso Quassowski a. a. O.). Es soll durch die Einführung des Mehrheitsbeschlusses aber nicht an dem Grundprinzip der Umwandlung (§ 9 UG.) gerüttelt werden, daß der Zustimmende durch Beteiligung an der Personalgesellschaft die persönliche Haftung zu tragen hat. Es würde diesem Sinn der Vorschriften widersprechen, wollte man die Zustimmung zulassen, ohne sie an die Beteiligung an der Personalgesellschaft zu knüpfen. Es ist also nicht möglich, daß von 100 Aktionären zwar 90 zustimmen, aber nur 2 der 90 Zustimmenden sich an der Personalgesellschaft beteiligen. Unter „Zustimmung" i. S. der §§ 3, 4 DurchfVO. ist daher nur diejenige Erklärung zu verstehen, die gleichzeitig das Einverständnis mit einer Beteiligung an der Personalgesellschaft enthält.

Eine Zustimmung ohne gleichzeitige Beteiligung der Beteiligung an der Personalgesellschaft ist nicht als eine Zustimmung i. S. von §§ 3—4 DurchfVO., sondern als eine Ablehnung zu werten. Man kann m. E. einen Beschluß, bei dem einzelne Zustimmende ihre Beteiligung an der Personalgesellschaft abgelehnt haben, deshalb nicht von vornherein als ungültig ansehen. Nur wenn diejenigen, die mit ihrer Zustimmung nicht gleichzeitig eine Beteiligung an der Personalgesellschaft übernehmen, mit denen, die die Umwand-

[7]) Vgl. im übrigen Staub, Anm. 17 zu § 273; Hueck, Anfechtung und Nichtigkeit von GenVersBeschlüssen; Crisolli, Der Aktionär und die Goldbilanz.

[8]) Gehört zu dem Vermögen der Kapitalgesellschaft ein Grundstück, so ist also das Grundbuch falsch geworden. Die Gesellschafter der BGB.-Gesellschaft sind als Gesamthänder im Wege der Grundbuchberichtigung als Eigentümer einzutragen.

lung überhaupt ablehnten, zusammen über $^1/_{10}$ des gesamten Kapitals oder über $^1/_4$ des in der Umwandlungs-Generalversammlung vertretenen Kapitals betragen, liegt ein ungültiger Umwandlungsbeschluß vor. Die entgegengesetzte Ansicht dürfte als formal den Anschauungen der neuen Rechtsentwicklung nicht entsprechen. Außerdem dürfte sie zu unhaltbaren, dem Sinne der Vorschriften der §§ 9 UG.; §§ 3—5 DurchfVO. widersprechenden Ergebnissen führen, weil bei ihr einem Gesellschafter mit ganz geringer Beteiligung die Macht gegeben wird, die Umwandlung zu verhindern. Dies mag folgendes Beispiel zeigen: Es stimmen alle Aktionäre der Umwandlung zu, nur einer, der nur $^1/_{100}$ des Gesellschaftskapitals besitzt, erklärt, er stimme der Umwandlung zwar zu, lehne aber eine Beteiligung an der Personalgesellschaft ab. Bei der abzulehnenden formalen Ansicht würde man nun entscheiden müssen, daß, weil nicht alle Zustimmenden ihre Beteiligung an der Personalgesellschaft erklärt hätten, eine gültige Umwandlung nicht vorläge. So würde also der Gesellschafter mit $^1/_{100}$ Grundkapital die Umwandlung, die durch eine Ablehnung von ihm infolge der 99%igen Übereinstimmung nicht verhindert werden könnte, durch die Zustimmung unter gleichzeitiger Ablehnung der Beteiligung unmöglich machen können. Bei der hier vertretenen Ansicht, bei der die Zustimmung unter Ablehnung der Beteiligung als eine Ablehnung der Umwandlung angesehen wird, würde dies nicht der Fall sein. Hier wird so entschieden, daß, da eine 99%tig beschlossene Umwandlung vorliegt, ein gültiger Umwandlungsbeschluß anzunehmen ist.

Der Registerrichter hat hiernach bei Vorliegen eines Mehrheitsbeschlusses im Falle der Umwandlung nachzuprüfen, ob $^9/_{10}$ des gesamten Kapitals der Umwandlung „zugestimmt" haben, ob eine $^3/_4$-Mehrheit des vertretenen Kapitals und eine ordnungsmäßige Bekanntmachung vorliegt, und ob nur die zustimmenden Gesellschafter der Kapitalgesellschaft als Gesellschafter der Personalgesellschaft beteiligt wurden.

Wird gegen eine dieser Voraussetzungen verstoßen, so hat der Registerrichter die Eintragung abzulehnen. Im übrigen wird hier auf die obigen Ausführungen bezüglich der Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen von AktG. und KommGes. a. A. sowie bezüglich des Löschungsverfahrens gegen eingetragene Umwandlungsbeschlüsse verwiesen. Hier sei nur hervorgehoben, daß Fehler bezüglich der Ordnungsmäßigkeit der Einberufung der Umwandlungs-Generalversammlung[9]) sowie Verstöße gegen die erforderlichen Mehrheiten ein Löschungsverfahren nach § 144 Abs. 2 HGB. nicht rechtfertigen werden, da hierbei nicht der Inhalt des Umwandlungsbeschlusses, sondern nur die Art seines Zustandekommens den gesetzlichen Vorschriften zuwiderläuft.

Derjenige Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft, der der Umwandlung nicht zugestimmt hat — der also nicht Gesellschafter der Personalgesellschaft werden kann —, ist, weil er ausscheidet, angemessen zu entschädigen (§ 5 DurchfVO.). Den die Umwandlung ablehnenden Gesellschaftern sind diejenigen Gesellschafter gleichzusetzen, die zwar der Umwandlung zustimmten, aber eine Beteiligung an der Personalgesellschaft ablehnten. Dies ist zwar im Gesetz nicht gesagt, ergibt sich aber aus den obigen Ausführungen, nach denen die Ablehnung der Beteiligung an der Personalgesellschaft der Ablehnung der Umwandlung gleichsteht.

Über die Höhe der Abfindung besagt die DurchfVO. nur, daß sie angemessen und unter Berücksichtigung des Wertes der Aktien oder Geschäftsanteile zu bestimmen ist. Hieraus ergibt sich, daß nicht der Nenn- oder Kurswert der Aktien oder Geschäftsanteile maßgebend ist. Vielmehr ist der ausscheidende Gesellschafter in dem Maße zu entschädigen, der seiner Beteiligung am Gesellschaftsvermögen — nicht am Grundkapital — entspricht. Der Entschädigungsanspruch verjährt in fünf Jahren seit der Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung.

[9]) Auch sei für die evtl. Anfechtung wegen Verstoßes gegen die Notwendigkeit der ordnungsmäßigen Berufung auf die Sondervorschrift von § 271 Abs. 3 HGB. verwiesen.

Der ausscheidende Gesellschafter hat aber — worauf Quassowski a. a. O. bereits zum Teil mit Recht hinweist — keinen Anspruch, an der etwa zu errichtenden Personalgesellschaft als Kommanditist oder stiller Gesellschafter beteiligt zu werden.

B. Bei Vorhandensein eines Hauptgesellschafters

Die DurchfVO. hat noch zwei besondere Fälle des Mehrheits-Umwandlungsbeschlusses für den Fall des Vorhandenseins eines Hauptgesellschafters geschaffen. Hierbei versteht die DurchfVO. unter Hauptgesellschafter einen solchen, der $^9/_{10}$ des Grundkapitals der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besitzt.

Es ist zu unterscheiden, ob der Hauptgesellschafter eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine OHG. oder KommGes. ist.

1. Ist der Hauptgesellschafter eine natürliche Person, so sind folgende Umwandlungsmöglichkeiten gegeben:

a) Alle Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft können einstimmig die Umwandlung in eine OHG. bzw. in eine KommGes. oder in eine BGB.-Gesellschaft beschließen, je nachdem, ob das von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft betriebene Unternehmen ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. (oder ein Unternehmen nach §§ 2—3 HGB.) ist oder nicht (vgl. §§ 9—12 UG., §§ 1—2 DurchfVO.). Dann müssen sich aber alle Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft als Gesellschafter der zu bildenden Personalgesellschaft beteiligen (§ 9 UG.).

Die Umwandlung in eine OHG. oder in eine BGB.-Gesellschaft ist nur dann ausgeschlossen, wenn einer der anderen Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft selbst eine OHG. oder KommGes. ist, da diese Gesellschafter der Kapitalgesellschaft nicht als Gesellschafter an der Personalgesellschaft beteiligt werden können. Eine Umwandlung in eine KommGes. dagegen ist auch dann zulässig, wenn einer der Mitgesellschafter eine OHG. oder KommGes. ist, falls dieser Mitgesellschafter nur als Kommanditist an der zu errichtenden KommGes. beteiligt wird, da eine OHG. oder KommGes. Kommanditisten einer KommGes. werden können (vgl. oben zu 1 c und d).

Ist einer der anderen Gesellschafter eine juristische Person, so ist die Umwandlung in eine zu errichtende OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft nur möglich, wenn der RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle die Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).

b) Sind neben dem Hauptgesellschafter mehrere Mitgesellschafter vorhanden und stimmt nur ein Teil der Mitgesellschafter der Umwandlung zu, während der andere Teil sie ablehnt, so ist eine Umwandlung dadurch möglich, daß zwischen dem Hauptgesellschafter und den Zustimmenden eine OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2—3 HGB. — eine BGB.-Gesellschaft gebildet wird (§§ 3 ff. DurchfVO., §§ 9 ff. UG.). Die nichtzustimmenden Gesellschafter scheiden aus und sind angemessen zu entschädigen (§ 5 DurchfVO.).

Die Umwandlung in eine nur aus den zustimmenden Gesellschaftern zu bildende OHG. oder BGB.-Gesellschaft ist nur dann ausgeschlossen, wenn einer der zustimmenden Gesellschafter selbst eine OHG. oder KommGes. ist. Eine Umwandlung in eine KommGes. ist in diesem Falle dann zulässig, wenn der zustimmende Mitgesellschafter nur als Kommanditist an der zu bildenden KommGes. beteiligt wird.

Ist einer der zustimmenden Mitgesellschafter eine juristische Person, so ist die Umwandlung in die zu errichtende OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft nur durch Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle möglich (§ 10 DurchfVO.).

c) Daneben kann eine Umwandlung in der Weise vorgenommen werden, daß das Vermögen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter übertragen wird (§ 6 Abs. 2 DurchfVO., § 8 UG.).

Voraussetzung ist aber für diese Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter, daß dieser mindestens $^9/_{10}$ des Grundkapitals besitzt und daß nur er allein der Umwandlung zustimmt, während die Mitgesellschafter dagegen stimmen. Die ablehnenden Mitgesellschafter sind dann nach § 5 DurchfVO. angemessen zu entschädigen.

Stimmen alle anderen Gesellschafter auch für die Umwandlung, so ist der eben erörterte Fall zu a gegeben.

Sind neben dem Hauptgesellschafter mehrere Mitgesellschafter vorhanden, und stimmt der eine Teil von ihnen für, der andere gegen die Umwandlung, so ist der eben zu b erörterte Fall gegeben.

2. Ist der Hauptgesellschafter selbst eine OHG. oder KommGes., so sind folgende Umwandlungsmöglichkeiten gegeben:

a) Wenn alle Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft für die Umwandlung stimmen, so ist eine Umwandlung nur möglich, wenn von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB. oder ein Gewerbe nach §§ 2—3 HGB. betrieben wird und die Umwandlung in eine zu errichtende KommGes. vorgenommen wird, bei der der Hauptgesellschafter und die etwaigen anderen Mitgesellschafter, die eine OHG. oder KommGes. sind, als Kommanditisten beteiligt werden. Ist einer der Mitgesellschafter eine juristische Person, so ist selbst eine solche Umwandlung nur mit Zulassung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle möglich (§ 10 DurchfVO.).

Dagegen ist eine Umwandlung in eine OHG. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach § 1 Abs. 2 oder §§ 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft ausgeschlossen, selbst wenn alle Gesellschafter zustimmen, da eine Beteiligung des Hauptgesellschafters als Gesellschafter der zu errichtenden OHG. oder BGB.-Gesellschaft unzulässig ist, weil eine OHG. oder KommGes. nicht als Gesellschafter an der OHG. oder BGB.-Gesellschaft beteiligt werden kann (vgl. oben zu 1c, d).

b) Sind neben der OHG. oder KommGes.-Hauptgesellschafterin mehrere Mitgesellschafter vorhanden, und stimmt der eine Teil für die Umwandlung, der andere Teil dagegen, so ist eine Umwandlung nach §§ 3 ff. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. nur dann möglich, wenn das von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft betriebene Unternehmen ein vollkaufmännisches Gewerbe nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. ist.

Dann ist nämlich die Umwandlung nach §§ 3 ff. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. derart vorzunehmen, daß zwischen dem Hauptgesellschafter und den zustimmenden Mitgesellschaftern eine KommGes. gebildet wird, bei der der Hauptgesellschafter und die etwaigen anderen zustimmenden Mitgesellschafter, die eine OHG. oder KommGes. sind, als Kommanditisten beteiligt werden. Die nicht zustimmenden Gesellschafter haben dann auszuscheiden und sind angemessen zu entschädigen (§ 5 DurchfVO.). Ist einer der zustimmenden Mitgesellschafter eine juristische Person, so ist eine Umwandlung in die zu errichtende KommGes. nur mit Zulassung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle möglich (§ 10 DurchfVO.).

Eine Umwandlung in eine zwischen dem Hauptgesellschafter und den zustimmenden Mitgesellschaftern zu bildende OHG. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — eine BGB.-Gesellschaft dagegen ist ausgeschlossen, da der Hauptgesellschafter, der eine OHG. oder KommGes. ist, nicht als Gesellschafter an der OHG. oder BGB.-Gesellschaft beteiligt werden kann (vgl. oben zu 1c, d).

c) Daneben kann eine Umwandlung in der Weise vorgenommen werden, daß das Vermögen der umzustellenden Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter übertragen wird (§ 6 Abs. 2 DurchfVO., § 8 UG.).

Voraussetzung für diese Umwandlung ist aber, daß an der OHG.-Hauptgesellschafterin, die $^9/_{10}$ des Grundkapitals der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besitzt, keine juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist, und daß alle anderen an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft beteiligten Mitgesellschafter gegen die Umwandlung stimmen.

Ist an der OHG.-Hauptgesellschafterin, auf die das Vermögen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft übertragen werden soll, eine juristische Person als Gesellschafter beteiligt, so ist eine derartige Umwandlung nur mit Zulassung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle zulässig (§ 10 DurchfVO.; vgl. unten zu 5 C 2a).

Stimmen alle anderen Mitgesellschafter auch für die Umwandlung, so ist der eben erörterte Fall zu 2a gegeben.

Stimmt bei Vorhandensein mehrerer Mitgesellschafter der eine Teil der Mitgesellschafter für, der andere Teil gegen die Umwandlung, so ist der eben erörterte Fall zu 2b gegeben.

3. Ist der Hauptgesellschafter eine juristische Person, so sind folgende Umwandlungsmöglichkeiten gegeben:

a) Stimmen alle Gesellschafter für die Umwandlung, so ist eine Umwandlung in eine zu errichtende OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft nur durch Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle möglich (§ 10 DurchfVO.).

Befindet sich unter den Mitgesellschaften eine OHG. oder KommGes., so ist jede Umwandlung in eine zu errichtende OHG. oder BGB.-Gesellschaft ausgeschlossen. Bei Vorhandensein eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. ist aber bei Zustimmung aller Gesellschafter eine Umwandlung durch Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle dann möglich, wenn die Umwandlung in eine zu errichtende KommGes. erfolgt und die Mitgesellschafter, die eine OHG. oder KommGes. sind, an der zu errichtenden KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden.

b) Sind neben der juristischen Person als Hauptgesellschafterin mehrere Mitgesellschafter beteiligt, und stimmt der eine Teil von ihnen für und der andere Teil gegen die Umwandlung, so ist die nach §§ 3 ff. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. vorzunehmende Umwandlung in eine zwischen dem Hauptgesellschafter und den zustimmenden Mitgesellschaftern zu bildende OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft nur mit Zulassung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle möglich (§ 10 DurchfVO.).

Wird die Genehmigung erteilt, so haben die nicht zustimmenden Mitgesellschafter auszuscheiden; sie sind dann nach § 5 DurchfVO. angemessen zu entschädigen.

Befindet sich unter den zustimmenden Mitgesellschaftern eine OHG. oder KommGes., so ist eine Umwandlung auch bei Vorliegen der Genehmigung des RJM. nur möglich, wenn ein vollkaufmännisches Gewerbe nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. vorliegt und zwischen dem Hauptgesellschafter und den zustimmenden Gesellschaftern eine KommGes. gebildet wird, bei der die zustimmende OHG. oder KommGes. nur als Kommanditistin beteiligt wird. Eine Umwandlung in eine OHG. oder BGB.-Gesellschaft ist aber ausgeschlossen.

c) Daneben kann auch ohne Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle eine Umwandlung in der Weise vorgenommen werden, daß das Vermögen der umzustellenden Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter übertragen wird (§§ 11, 6 Abs. 2 DurchfVO., § 8 UG.).

Voraussetzung für diese Umwandlung ist aber, daß dieser Hauptgesellschafter $^9/_{10}$ des Grundkapitals des umzuwandelnden Kapitals besitzt und daß er allein für die Umwandlung stimmt, während alle übrigen Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen.

Stimmen alle anderen Mitgesellschafter für die Umwandlung, so ist der eben erörterte Fall zu 3a gegeben.

Stimmt bei Vorhandensein mehrerer Mitgesellschafter ein Teil der Mitgesellschafter für, ein anderer gegen die Umwandlung, so ist der eben erörterte Fall zu 3b gegeben.

Im übrigen unterliegen die Fälle der Umwandlung, bei der diese durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter unter Ausscheidung aller übrigen Gesellschafter vorgenommen wird, denselben Regeln, die für den Fall des Mehrheitsbeschlusses im allgemeinen getroffen ist. Die aus-

scheidenden Mitgesellschafter haben danach einen Anspruch auf angemessene Entschädigung. Auf die Ausführungen oben zu 2 A am Ende wird verwiesen.

3. Die Umwandlung im Liquidationsstadium

Bei der Umwandlung nach dem UG. bestanden Zweifel, ob sie auch dann noch vorgenommen werden könnte, wenn sich die Gesellschaft in Liquidation[10]) befand (vgl. Groschuff: JW. 1934, 2663; Böttcher-Meilicke, S. 19, 61).

Hier hat die DurchfVO. eine restlose Klarheit herbeigeführt[11]) (§§ 7, 8 DurchfVO.). Nach der DurchfVO. ist grundsätzlich bei allen Kapitalgesellschaften (AktG., GmbH., KommGes. a. A.) eine Umwandlung auch dann noch möglich, wenn sie sich in Liquidation befinden, wobei es gleichgültig ist, zu welchem Zeitpunkt die Liquidation eingetreten ist.

Diese grundsätzliche Zulassung der Umwandlung auch im Liquidationsstadium unterliegt aber zwei Arten von Beschränkungen:

A. Die Umwandlung kann nur beschlossen werden, wenn noch nicht mit der Verteilung des nach der Berichtigung der Schulden verbleibenden Vermögens an die Gesellschafter begonnen ist (§ 7 Abs. 1 DurchfVO.). Diese Vorschrift entspricht dem § 189 Abs. 1 des Entwurfes eines Gesetzes über AktG. und KommGes. a. A.

„Der Grund dieser Regelung besteht" — wie Quassowski bereits a. a. O. mit Recht ausführt — „darin, daß mit der Verteilung des Vermögens unter die Gesellschafter die vermögensrechtliche Grundlage der Gesellschaft untergegangen ist." Wenn der Untergang der Gesellschaft aber bereits angefangen hat, soll nach der Regelung aus § 7 DurchfVO. eine Umwandlung nicht möglich sein. Aus dieser Begründung des § 7 DurchfVO. ergibt sich zweierlei.

Einmal geht daraus hervor, daß, falls mit der Vermögensverteilung begonnen ist, eine Umwandlung auch dann nicht mehr möglich ist, wenn das verteilte Vermögen wieder in die Gesellschaft zurückgebracht wird (vgl. RG. 118, 340). Nach § 7 DurchfVO. schließt bereits der Beginn des Unterganges, der in dem Beginn der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter liegt, eine Umwandlung aus. Auch dürfte die Nachprüfung, ob das verteilte Vermögen wieder zurückgebracht ist, die Registergerichte vor eine für sie kaum lösbare Aufgabe stellen (ähnlich Quassowski a. a. O.).

Ferner ist aus der Begründung des § 7 DurchfVO. zu schließen, daß eine Umwandlung auch dann ausgeschlossen ist, wenn die Gesellschaft ohne Liquidation ihre vermögensrechtliche Grundlage verloren hat, also wegen Vermögenslosigkeit nach § 2 des Ges. v. 9. Okt. 1934 (RGBl. I, 914) erloschen ist. Wenn bereits der in der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter liegende Beginn des Verlustes der vermögensrechtlichen Grundlage der Gesellschaft die Umwandlung ausschließt, so muß der bei Erlöschen der Gesellschaft vorliegende gänzliche Verlust der vermögensrechtlichen Grundlage der Gesellschaft die Umwandlung erst recht ausschließen.

B. Falls die Liquidation nicht auf Zeitablauf oder Generalversammlungsbeschluß beruht, bedarf der Umwandlungsbeschluß der Genehmigung des RJM. oder der von ihm bestimmten Stelle (§ 7 Abs. 3 DurchfVO.). Der Auflösung durch Zeitablauf oder Generalversammlungsbeschluß steht die Auflösung durch Konkurseröffnung gleich, falls der Konkurs nach einem Zwangsvergleich (§ 190 KO.) oder auf Antrag des Gemeinschuldners aufgehoben ist (§ 202 KO.). Wenn der Konkurs also durch Zwangsvergleich oder auf Antrag des Gemeinschuldners beendet ist, kann die Umwandlung auch ohne Genehmigung des RJM. oder der von ihm bestimmten Stelle vorgenommen werden.

Fälle, in denen eine Umwandlung im Liquidationsstadium nur mit Genehmigung des RJM. zugelassen ist, sind z. B.: Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliches Urteil (§§ 60, 61 GmbHG.), Auflösung der Gesellschaft infolge Nichtigkeitsurteil (§§ 75, 77 GmbHG., §§ 309, 311, 320 HGB.), Auflösung nach Abschluß eines Nichtigkeitsverfahrens (§ 144 Abs. 1 RFGG.), Konkursbeendigung nach Abhaltung des Schlußtermins (§ 163 KO.), Kündigung einer GmbH. oder KommGes. a. A. (Staub-Hachenburg, Anm. 28 zu § 60; Staub, Anm. 11 zu § 330), andere im Gesellschaftsvertrag der GmbH. festgesetzte Auflösungsgründe (§ 60 GmbHG.), Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer KommGes. a. A. (Staub, Anm. 9 zu § 330), Konkurs über das Vermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer KommGes. a. A. (Staub, Anm. 10 zu § 330), Kündigung eines Gläubigers eines persönlich haftenden Gesellschafters bei einer KommGes. a. A. (§ 330 Abs. 2 HGB.), Auflösung aus öffentlich-rechtlichen Gründen (Art. 4 PrAGHGB.; § 62 GmbHG.), die Fälle der Liquidation nach dem Ges. v. 9. Okt. 1934 und andere.

Es ist nicht klar, ob der Registerrichter in den Fällen, in denen der RJM. oder die von ihm bestimmte Stelle die für eine Umwandlung im Liquidationsstadium nach § 7 Abs. 3 DurchfVO. erforderliche Genehmigung erteilt hat, die Eintragung der Umwandlung trotzdem ablehnen muß, wenn mit der Verteilung des Vermögens an die Gesellschafter begonnen ist. Da dieser Fall aber praktisch kaum eintreten wird, sei nur soviel gesagt, daß — wenn auch der Wortlaut des § 7 DurchfVO. dagegen sprechen könnte — eine Umwandlung nach Beginn der Vermögensverteilung abzulehnen sein dürfte, weil die Voraussetzung der Nichtverteilung als die primäre anzusehen ist.

4. Die Behandlung eigener Aktien und Geschäftsanteile bei der Umwandlung

Die Umwandlung erfordert zum mindesten eine $^9/_{10}$-Mehrheit des Grundkapitals. Außerdem ist zur Umwandlung im Wege der Übertragung auf den einzigen Gesellschafter oder den Hauptgesellschafter oder zur Übertragung auf eine bereits bestehende OHG. oder KommGes. notwendig, daß der einzige Gesellschafter oder die bestehende OHG. oder KommGes. alle Aktien oder Geschäftsanteile, der Hauptgesellschafter zum mindesten $^9/_{10}$ der Aktien oder Geschäftsanteile besitzt. Es ist nun zweifelhaft, wie zu entscheiden ist, wenn die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft eigene Aktien oder Geschäftsanteile besitzt. Liegt eine $^9/_{10}$-Mehrheit vor, wenn 89% des Grundkapitals für die Umwandlung stimmen, 5% dagegen stimmen und 6% der Kapitalgesellschaft selbst gehören? Besitzt der Hauptgesellschafter $^9/_{10}$ des Grundkapitals, wenn er 85% in den Händen hat, sich 10% in Fremdbesitz befinden und die Gesellschaft selbst 5% besitzt?

Die bisherige Rechtslage ergab keine klare Grundlage für die zu treffenden Entscheidungen. Nach § 226 Abs. 5 HGB. ruht das Stimmrecht der eigenen Aktien von AktG. (vgl. dazu Staub Anm. 29 ff.). Bei der GmbH. ist aber das Ruhen des Stimmrechts eigener GmbH.-Anteile der Gesellschaft nicht vorgeschrieben und wird von der herrschenden Lehre abgelehnt (vgl. Staub-Hachenburg mit weiterer Literaturangabe in Anm. 16 zu § 33; a. A. ohne nähere Begründung Quassowski a. a. O.).

Auch hier hat die DurchfVO. Klarheit geschaffen[12]). Sie bestimmt in § 9, daß eigene Aktien und Geschäftsanteile bei der Feststellung der Voraussetzungen der Umwandlung den Aktionären oder Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung zuzurechnen sind.

Diese Regelung ist durchaus verständlich, da sie dem Gedanken Rechnung trägt, daß die eigenen Aktien oder Geschäftsanteile der Gesellschaft im wirtschaftlichen Sinne den

[10]) Die Ansicht Quassowskis a. a. O., daß vor Inkrafttreten des UG. „die Umwandlung ohne vorherige Liquidation nicht möglich war, daß „die Umwandlung nach Liquidation vielmehr die einzig zulässige Art der Umwandlung war", wird vom KG. nicht geteilt; es hat in Ring 7, 198 entschieden, daß die Eintragung der Veräußerung eines Geschäfts einer GmbH. nebst der Firma an einen Einzelkaufmann nicht von der vorherigen Auflösung der GmbH. und der Eintragung der Auflösung abhängig gemacht werden darf.

[11]) Die Vorschriften der §§ 7, 8 DurchfVO. sind nach § 14 DurchfVO. mit Rückwirkung auf den 7. Juli 1934 in Kraft getreten.

[12]) Die Vorschriften des § 9 DurchfVO. sind nach § 14 DurchfVO. ebenfalls mit Rückwirkung auf den 7. Juli 1934 in Kraft getreten.

Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung gehören (ebenso Quassowski a. a. O.).

Nach § 9 DurchfVO. sind die Entscheidungen folgendermaßen zu treffen.

A. Gehören dem „einzigen" Gesellschafter oder der OHG. oder KommGes., auf die das Vermögen der Kapitalgesellschaft infolge der Umwandlung nach §§ 8, 2 ff., 12 UG. zu übertragen ist, alle Aktien oder Geschäftsanteile mit Ausnahme derjenigen, die sich im Besitze der Kapitalgesellschaft befinden, so wird der einzige Gesellschafter oder die OHG., KommGes. so angesehen, als ob ihnen alle Aktien oder Geschäftsanteile gehörten. Da außer ihnen keine anderen Gesellschafter vorhanden sind, werden ihnen die Stimmen der im Besitze der Kapitalgesellschaft befindlichen Aktien oder Geschäftsanteile voll zugerechnet.

B. Gehören den zustimmenden Gesellschaftern alle Aktien oder Geschäftsanteile, mit Ausnahme derjenigen Aktien oder Geschäftsanteile, die die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft selbst besitzt, so ist der Umwandlungsbeschluß „einstimmig gefaßt". Da außer den zustimmenden Gesellschaftern keine anderen Gesellschafter vorhanden sind, sind ihnen auch die Stimmen der Aktien oder Geschäftsanteile anzurechnen, die sich im Besitze der Kapitalgesellschaft befinden.

C. Stimmen nicht alle Gesellschafter der Umwandlung zu, so sind die Stimmen der im Besitze der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft befindlichen Aktien oder GmbH.-Anteile im Verhältnis der abgegebenen Stimmen zu teilen. Dies mögen folgende Beispiele klarstellen.

Für die Umwandlung stimmen 81%, dagegen 9%. Im Besitze der Kapitalgesellschaft befinden sich 10%. Diese 10% sind daher so zu teilen, daß den Zustimmenden $^{81}/_{90}$ der 10% und den Ablehnenden $^{9}/_{90}$ der 10% zugerechnet werden. Hiernach werden den Zustimmenden 9%, den Ablehnenden 1% angerechnet. Es wird also angesehen, als ob 90% zugestimmt, 10% dagegen gestimmt hätten. Daher ist die erforderliche $^{9}/_{10}$-Mehrheit in diesem Falle als erreicht anzusehen.

Für die Umwandlung stimmen 75%, dagegen 10%; im Besitze der Gesellschaft befinden sich 15%. Es erhalten danach die Zustimmenden $^{75}/_{85}$ der 15%, die Ablehnenden $^{10}/_{85}$ der 15%. Den Zustimmenden werden danach 13,24%, den Ablehnenden 1,76% zugerechnet. Da hiernach nur 88,24% Zustimmende vorhanden sind, ist die $^{9}/_{10}$-Mehrheit nicht erreicht.

d) Bei der Prüfung der nach § 4 Abs. 1 DurchfVO. erforderlichen $^{3}/_{4}$-Mehrheit des in der Umwandlungsgeneralversammlung vertretenen Kapitals ist eine Teilung der im Besitz der Kapitalgesellschaft befindlichen Aktien oder Geschäftsanteile nicht notwendig, da die $^{3}/_{4}$-Mehrheit des vertretenen Kapitals eine relative Zahl ist. Die Teilung der im Besitz der Kapitalgesellschaft befindlichen Stimmen müßte in drei Teile nach den vertretenen, den zustimmenden und den ablehnenden Gesellschaftern erfolgen. Durch eine derartige Dreiteilung würde dann aber auch die Zahl, von der die $^{3}/_{4}$-Mehrheit errechnet werden muß, um den Teil der im Besitz der Gesellschaft befindlichen Aktien erhöht werden, die den vertretenen Gesellschaftern zugerechnet wird. Da diese Erhöhung aber um die Zahl erfolgt, die wiederum im Verhältnis der abgegebenen Stimmen geteilt wird, würde die Teilung der im Besitz der Gesellschaft befindlichen Stimmen zu keinem anderen Ergebnis führen, als es sich ohne die Teilung ergibt. Dies mag folgendes Beispiel klarstellen.

Im Besitz der AktG. befinden sich 40% des Aktienkapitals. Vertreten sind in der Umwandlungsgeneralversammlung 48%. Mithin sind nicht vertreten 12%. Dafür haben 30%, dagegen 18% gestimmt. Von den vertretenen 48% beträgt die $^{3}/_{4}$-Mehrheit 36%. Da nur 30% dafür gestimmt haben, liegt nur eine $^{5}/_{8}$-, aber nicht eine $^{3}/_{4}$- ($^{6}/_{8}$-) Mehrheit vor.

Eine Teilung der im Besitz der Gesellschaft befindlichen 40% Aktien würde auch zu keinem anderen Ergebnis führen, als daß $^{5}/_{8}$ des dann als vertreten zu rechnenden Kapitals dafür gestimmt haben.

Zunächst würden die 40%, die sich im Besitz der Gesellschaft befinden, zwischen den 48% vertretenen und den 12% nicht vertretenen Aktionären zu teilen sein. Die Vertretenen erhielten $^{48}/_{60}$, die nicht Vertretenen $^{12}/_{60}$ der 40%. Den Vertretenen würden also 32%, den nicht Vertretenen 8% zugerechnet. Mithin sind 80% als vertreten anzusehen.

Die 32%, die den vertretenen Aktionären zugerechnet werden, müssen nun nach dem Ergebnis der Abstimmung geteilt werden. Die Zustimmenden erhalten $^{30}/_{48}$, die Ablehnenden $^{18}/_{48}$ der 32%. Den Zustimmenden sind also 20%, den Ablehnenden 12% zuzurechnen. Es wird also so angesehen, als ob 50% dafür und 30% dagegen gestimmt hätten.

Nach der Teilung der im Besitz der Gesellschaft befindlichen Aktien sind 80% als vertreten anzusehen. Von diesen haben 50% = $^{5}/_{8}$ zugestimmt.

Die Teilung der im Besitz der Gesellschaft befindlichen 40% führt also auch zu dem Ergebnis, das auch ohne die Teilung vorlag. Beide Male haben $^{5}/_{8}$ der vertretenen Aktionäre zugestimmt.

Das Beispiel zeigt also, daß eine Teilung der im Besitz der Gesellschaft befindlichen Aktien für die Frage der $^{3}/_{4}$-Mehrheit des in der Umwandlungsgeneralversammlung vertretenen Kapitals unerheblich ist.

5. Die Umwandlung bei Beteiligung juristischer Personen

Bei der Umwandlung nach dem UG. war es in dem Schrifttum streitig geworden, ob eine Umwandlung auch zulässig sei, wenn bei der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft juristische Personen als Gesellschafter beteiligt waren. Dafür haben sich ausgesprochen Böttcher-Meilicke, Komm., S. 38 f.; Böttcher: JW. 1934, 3045; Krieger: Deutsche Justiz 1934, 2160; Seybold: DNotZ. 1934, 726; Lange: Wirtschaftsblatt der IHK. Berlin 1934, 1414; Bergmann: DJZ. 1934, 1134. Abgelehnt ist die Umwandlung durch Groschuff: JW. 1934, 1824, 2661, 3046.

Auch hier schafft die DurchfVO. in den §§ 10, 11 eine Klärung der Rechtslage.

Bei der Regelung in den §§ 10, 11 DurchfVO. sind drei Tatbestände zu unterscheiden. Einmal ist der Tatbestand behandelt, bei der die juristische Person der alleinige Gesellschafter oder wenigstens der Hauptgesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ist, der $^{9}/_{10}$ des Grundkapitals der Kapitalgesellschaft besitzt. Ferner ist der Tatbestand geregelt, bei dem die juristische Person an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft nicht als alleiniger Gesellschafter oder Hauptgesellschafter, sondern nur als einer neben einem anderen oder unter mehreren Mitgesellschaftern beteiligt ist. Schließlich ist der Tatbestand berücksichtigt, bei dem die juristische Person zwar nicht selbst Gesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ist, aber als Gesellschafter einer OHG. oder KommGes. beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafter der Kapitalgesellschaft ist.

A. Die juristische Person ist als alleiniger Gesellschafter oder Hauptgesellschafter an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft beteiligt.

1. Ist die juristische Person der alleinige Gesellschafter der Kapitalgesellschaft, so ist die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf sie (§ 8 UG.) ohne weitere Voraussetzung zulässig (§ 11 DurchfVO.). Diese Vorschrift ist gemäß § 14 DurchfVO. mit rückwirkender Kraft v. 7. Juli 1934 ab gültig. Hiernach ist klargestellt, daß auch die Umwandlungen, die vor dem Inkrafttreten der DurchfVO. durch Übertragung des Vermögens der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft auf den alleinigen Gesellschafter, der eine juristische Person war, vorgenommen wurden, rechtsgültig sind.

2. Ist die juristische Person der Hauptgesellschafter der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft, so ist die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft (§ 8 UG.) auf diesen Hauptgesellschafter ohne jede Genehmigung zulässig, wenn der Hauptgesellschafter $^{9}/_{10}$ des Grundkapitals besaß und die anderen Mitgesellschafter der Umwandlung nicht zustimmen (§§ 11, 6 Abs. 2 DurchfVO.).

Stimmen die anderen Mitgesellschafter — oder ein Teil von ihnen — der Umwandlung zu, so ist eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter nicht möglich, weil dieser ja dann nicht allein das Vermögen der Kapitalgesellschaft übernehmen kann. Es ist dann eine Umwandlung in eine zu bildende OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft möglich, an der dann die juristische Person als Gesellschafter neben den zustimmenden Mitgesellschaftern[13]) zu beteiligen ist. Eine Umwandlung in eine zu bildende OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft, bei der eine juristische Person der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft als Gesellschafter beteiligt wird, ist aber nur mit Zulassung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle zulässig (§ 10 DurchfVO.). Stimmen die Mitgesellschafter — oder Teil von ihnen — also der Umwandlung zu, so ist eine Umwandlung nur nach einer solchen Zulassung möglich.

Wenn die anderen Mitgesellschafter der Umwandlung nicht zustimmen, so ist die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter auch dann zulässig, wenn die anderen Mitgesellschafter juristische Personen sind. Denn nur eine Umwandlung, bei der eine juristische Person an einer zu bildenden OHG., KommGes. oder BGB.-Gesellschaft beteiligt wird, ist nach § 10 DurchfVO. an die Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bestimmte Stelle geknüpft. Eine solche Umwandlung liegt hier aber nicht vor.

Auch diese Regelung, nach der eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens auf einen Hauptgesellschafter, der eine juristische Person ist, für zulässig erklärt ist, ist durch § 14 DurchfVO. mit Rückwirkung auf den 7. Juli 1934 in Kraft getreten. Dies ist wenig verständlich, da die Möglichkeit einer Umwandlung durch Übertragung auf einen Hauptgesellschafter erst durch § 6 Abs. 2 DurchfVO. mit Wirkung v. 22. Dez. 1934 geschaffen ist (vgl. § 14 DurchfVO., nach der § 6 DurchfVO. erst mit der Verkündung der DurchfVO. — die am 22. Dez. 1934 erfolgt ist — in Kraft tritt).

B. Ist die juristische Person nicht als alleiniger oder Hauptgesellschafter, sondern nur als Mitgesellschafter neben einem anderen oder unter mehreren anderen Gesellschaftern an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft beteiligt, so sind zwei Tatbestände zu unterscheiden.

1. Ist die juristische Person neben einem oder unter mehreren Mitgesellschaftern an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft derart beteiligt, daß sie über $^1/_{10}$ des Grundkapitals der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besitzt, so ist eine Umwandlung nur in eine zu errichtende OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft möglich, bei der die juristische Person als Gesellschafter zu beteiligen ist. Eine Umwandlung unter Ausscheiden der juristischen Person ist ausgeschlossen, weil ohne sie die erforderliche $^9/_{10}$-Mehrheit nicht zu erreichen ist.

Eine Umwandlung, bei der eine juristische Person als Gesellschafter der umgewandelten Personalgesellschaft beteiligt wird, ist nach § 10 DurchfVO. an die Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle geknüpft.

Ist die juristische Person also neben einem oder unter mehreren Mitgesellschaftern an der Kapitalgesellschaft der Kapitalgesellschaft derart beteiligt, daß sie über $^1/_{10}$ des Grundkapitals besitzt, so ist eine Umwandlung nur mit derartiger Zulassung möglich[14]).

2. Ist die juristische Person neben einem oder unter mehreren Mitgesellschaftern derart an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft beteiligt, daß die Mitgesellschafter zusammen $^9/_{10}$ des Grundkapitals besitzen oder daß einer von ihnen als Hauptgesellschafter anzusehen ist, so ist eine Umwandlung auch ohne Genehmigung des RJM. möglich.

Einmal kann nämlich nach §§ 3 ff DurchfVO., §§ 9 ff. UG. die Umwandlung durch eine zwischen den Mitgesellschaftern zu errichtende OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — eine BGB.-Gesellschaft unter Ausscheiden der juristischen Person vorgenommen werden[15]).

Im zweiten Fall kann eine Umwandlung nach §§ 6 Abs. 2 DurchfVO., § 8 UG. durch Übertragung des Vermögens auf den Hauptgesellschafter vorgenommen werden, wenn alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen.

Stimmt die juristische Person einer der Umwandlungen zu, so ist nur eine Umwandlung durch Errichtung einer OHG., KommGes. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — einer BGB.-Gesellschaft möglich, an der die juristische Person als Gesellschafter zu beteiligen wäre. Eine solche Umwandlung wäre aber nach § 10 DurchfVO. nur durch Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle möglich.

C. Ist die juristische Person nur indirekt als Gesellschafter einer OHG. oder KommGes., die Gesellschafterin der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft ist, an der Kapitalgesellschaft beteiligt, so sind drei Tatbestände zu unterscheiden.

1. Ist die OHG. oder KommGes., an der die juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist, alleinige Gesellschafterin der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft, so ist eine Umwandlung nach §§ 2 ff. UG. nur durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die OHG. oder KommGes. möglich. Diese Umwandlung geschieht also durch Übertragung des Vermögens auf die bestehende Personalgesellschaft, an der die juristische Person als Gesellschafterin beteiligt ist. Mithin ist die juristische Person Gesellschafterin der umgewandelten Personalgesellschaft. Deshalb ist diese Umwandlung nach § 10 DurchfVO. an die Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bezeichnete Stelle geknüpft (ebenso Quassowski a. a. O.).

Falls also eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf eine bestehende OHG.- oder KommGes. vorgenommen wird, die die alleinige Gesellschafterin der Kapitalgesellschaft ist, so hat sich der Registerrichter davon zu überzeugen, daß an der OHG. keine juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist. Ist dies der Fall, so ist die Eintragung bis zur Zulassung durch den RJM. oder die von ihm bestimmte Stelle abzulehnen.

2. Ist die OHG. oder KommGes., an der die juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist, Hauptgesellschafterin der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft, die mit $^9/_{10}$ des Grundkapitals beteiligt ist, so sind zwei Fälle der Umwandlung zu unterscheiden.

a) Wird die Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die Hauptgesellschafterin vorgenommen (§ 6 Abs. 2 ff. DurchfVO.; § 8 UG.), so müssen alle anderen Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen und dadurch ausscheiden. Diese Umwandlung geschieht also auch wieder durch Übertragung des Vermögens auf die Personalgesellschaft, an der die juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist. Mithin wird die juristische Person auch wieder als Gesellschafter der umgewandelten Personalgesellschaft beteiligt. Deshalb ist auch diese Umwandlung nach § 10 DurchfVO. an die Zulassung durch den RJM. geknüpft. Auch

---

[13]) Die nicht zustimmenden Gesellschafter scheiden aus und werden nach § 5 DurchfVO. angemessen abgefunden.

[14]) Selbst wenn der RJM. einer derartigen Umwandlung zustimmt, wäre eine Umwandlung in die zu errichtende OHG. oder BGB.-Gesellschaft dann ausgeschlossen, wenn sich unter den Mitgesellschaftern eine OHG. oder KommGes. befindet, da eine OHG. oder KommGes. nicht Gesellschafter einer OHG. oder BGB.-Gesellschaft werden kann. Eine Umwandlung in eine zu errichtende KommGes. wäre möglich, wenn die an der Kapitalgesellschaft beteiligte OHG. oder KommGes. nur als Kommanditistin an der zu errichtenden KommGes. beteiligt würde.

[15]) Befindet sich unter den zustimmenden Gesellschaftern eine OHG. oder KommGes., so ist eine Umwandlung nur bei Vorliegen eines vollkaufmännischen Betriebes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. möglich, wenn zwischen den zustimmenden Gesellschaftern eine KommGes. gebildet wird, bei der die zustimmende OHG. oder KommGes. nur als Kommanditistin zu beteiligen ist. Eine Umwandlung in eine OHG. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft ist dann ausgeschlossen.

hier muß also der Registerrichter vor der Eintragung der Umwandlung die Prüfung vornehmen.

b) Wird die Umwandlung dagegen, — weil nicht alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen —, durch Bildung einer zu errichtenden KommGes.[16]) vorgenommen, in der die OHG.-Hauptgesellschafterin Kommanditistin[17]) wird, so wird die zu bildende KommGes. von der OHG.-Hauptgesellschafterin und den zustimmenden Mitgesellschaftern gebildet. Die juristische Person ist also an der umgewandelten Personalgesellschaft nicht als Gesellschafter beteiligt. Deshalb ist hier eine Zulassung durch den RJM. nach § 11 DurchfVO. nicht erforderlich.

3. Ist die OHG. oder KommGes., an der die juristische Person als Gesellschafterin beteiligt ist, weder alleinige Gesellschafterin noch Hauptgesellschafterin, sondern nur Mitgesellschafterin neben einem oder unter mehreren Mitgesellschaftern, so ist eine Umwandlung nur dadurch möglich, daß entweder die OHG. oder KommGes. durch ihre Zustimmung an der zu bildenden KommGes. als Kommanditistin beteiligt wird[18]) oder daß sie infolge Ablehnung der Umwandlung ausscheidet[19]). In beiden Fällen wird die juristische Person nicht als Gesellschafter an der umgewandelten Personalgesellschaft beteiligt. Im ersten Falle wird nur die OHG. — aber nicht die juristische Person — Kommanditistin der zu bildenden KommGes., im anderen Fall wird nicht einmal die OHG. an der Personalgesellschaft beteiligt. Deshalb ist hier eine Zulassung durch den RJM. niemals erforderlich.

Die vorstehend dargestellte Regelung der Umwandlung bei Beteiligung von juristischen Personen enthält eine Zweifelsfrage. Wenn diese Zweifelsfrage auch nicht ganz ohne praktische Bedeutung ist — wie gleich gezeigt werden wird —, so wird aus praktischen Gesichtspunkten doch auf eine restlose Klarstellung der Zweifelsfrage verzichtet, weil dies über den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes hinausgeht, der nur einen Überblick über die neue Regelung des Umwandlungsrechts geben will.

Es besteht die Zweifelsfrage, ob die dargestellte Regelung der §§ 10, 11 DurchfVO. nur eine Auslegung oder eine Abänderung des UG. enthält, d. h. ob vor der Regelung durch die DurchfVO. eine Umwandlung auch bei Beteiligung juristischer Personen möglich war oder nicht. Dies ist nicht ohne jede praktische Bedeutung. Nach § 14 DurchfVO. ist die Bestimmung des § 11 DurchfVO., nach der eine Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die beteiligte juristische Person als alleinigen oder als Hauptgesellschafter ohne Einschränkung möglich ist, mit Rückwirkung auf den 7. Juli 1934 in Kraft getreten. Dem § 10 DurchfVO. dagegen, nach der die Umwandlung in eine Personalgesellschaft, bei der eine juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist, an die Zulassung durch den RJM. geknüpft ist, ist durch § 14 DurchfVO. eine derartige Rückwirkung nicht beigemessen.

Steht man auf dem Standpunkt, daß nach dem UG. eine Umwandlung auch möglich war, wenn eine juristische Person beteiligt war, so sind diejenigen Umwandlungen, die durch Errichtung einer Personalgesellschaft, an der die juristische Person beteiligt ist, vorgenommen wurden[20]), bis zum 22. Dez. 1934[21]) auch ohne Zulassung durch den RJM. gültig. Ist man dagegen der Ansicht, daß nach dem UG. eine Umwandlung bei Beteiligung juristischer Personen ausgeschlossen war und erst durch die DurchfVO. mit Einschränkungen erlaubt wurde, so sind auch die vor dem 22. Dez. 1934 vorgenommenen Umwandlungen durch Errichtung einer Personalgesellschaft, an der die juristische Person beteiligt ist, unzulässig gewesen, sie werden dann erst nach Zulassung durch den RJM. gültig.

Quassowski a. a. O. steht auf dem Standpunkt, daß nach dem UG. die Umwandlung auch bei Beteiligung juristischer Personen zulässig war. Seine Gründe können aber nicht völlig überzeugen. Er beruft sich in der Hauptsache auf die amtliche Begründung des UG. in Deutsche Justiz 1934, 883 und darauf, daß dem § 11 DurchfVO. rückwirkende Kraft beigelegt ist. Die Rückwirkung des § 11 DurchfVO. kann aber sehr wohl auch für die gegenteilige Ansicht sprechen. Gegenüber der amtlichen Begründung kann man vielleicht mit ebensoviel Gewicht mit Groschuff: JW. 1934, 2661 auf die Präambel des UG. und die Ausführungen von Reinhardt: DStZ. 1934, 521 hinweisen, aus denen man die gegenteilige Ansicht folgern könnte.

6. Die firmenrechtlichen Vorschriften der DurchfVO.

Zum Verständnis der firmenrechtlichen Vorschriften der DurchfVO. müssen zunächst die firmenrechtlichen Vorschriften des UG. kurz angegeben werden.

A. Die firmenrechtlichen Vorschriften des UG.

Nach dem UG. erlischt die Firma der Kapitalgesellschaft (§ 5 Abs. 1 UG.). Der Rechtsnachfolger der Kapitalgesellschaft darf aber seiner Firma einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz beifügen, falls er das von der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft betriebene Handelsgeschäft weiterführt.

Hiernach dürfen der alleinige Gesellschafter oder Hauptgesellschafter, auf den das Vermögen der Kapitalgesellschaft durch Umwandlung nach § 8 UG., § 6 Abs. 2 DurchfVO. übergeht, die OHG. oder KommGes., die aus den Gesellschaftern der umgewandelten Kapitalgesellschaft gebildet wird, ihren Firmen die erloschene Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft mit einem Nachfolgezusatz beifügen, falls durch sie das Handelsgeschäft der Kapitalgesellschaft fortgeführt wird.

Hatten die Rechtsnachfolger der Kapitalgesellschaft bereits eine eigene Firma vor der Umwandlung, so können sie also dieser Firma die Firma der Kapitalgesellschaft mit einem Nachfolgezusatz beifügen, falls sie das von der umgewandelten Kapitalgesellschaft betriebene Handelsgeschäft fortführen. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein eingetragener Kaufmann als alleiniger oder Hauptgesellschafter nach § 8 UG., § 6 Abs. 2 DurchfVO. oder eine bestehende OHG. oder KommGes. nach §§ 2 ff. UG. das Vermögen der Kapitalgesellschaft übernimmt.

Hatten die Rechtsnachfolger der Kapitalgesellschaft vor der Umwandlung noch keine eigene Firma, so müssen sie sich erst eine nach dem HGB. zulässige Firma bilden. Bei Bildung dieser Firma dürfen sie die erloschene Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft mit einem Nachfolgezusatz beifügen, falls das von der Kapitalgesellschaft betriebene Handelsgeschäft durch sie fortgeführt wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein nicht eingetragener Kaufmann als alleiniger oder Hauptgesellschafter das Vermögen der Kapitalgesellschaft nach § 8 UG., § 6 Abs. 2 HGB. übernimmt oder die Umwandlung dadurch vorgenommen wird, daß zwischen den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft durch einstimmigen oder Mehrheitsbeschluß nach § 9 UG., §§ 3 ff. DurchfVO. eine OHG. oder KommGes. gebildet wird.

---

[16]) Eine Umwandlung in eine OHG. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft ist ausgeschlossen, da die OHG.- oder KommGes.-Hauptgesellschafterin nicht Gesellschafter einer OHG. oder BGB.-Gesellschaft werden kann.

[17]) Eine Umwandlung in eine KommGes., bei der die OHG.- oder KommGes.-Hauptgesellschafterin persönlich haftender Gesellschafter wird, ist ausgeschlossen.

[18]) Eine Umwandlung in eine OHG. oder — bei Fehlen eines vollkaufmännischen Gewerbes nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. — in eine BGB.-Gesellschaft ist ebenso ausgeschlossen wie eine Umwandlung in eine KommGes., an der die OHG. als persönlich haftender Gesellschafter beteiligt wird, da die OHG. weder persönlich haftender Gesellschafter einer OHG. oder KommGes. noch Gesellschafter einer BGB.-Gesellschaft werden kann.

[19]) Dies ist natürlich nur dann möglich, wenn die OHG. nicht $^1/_{10}$ des Grundkapitals besitzt.

[20]) Für die Umwandlungen durch Übertragung des Vermögens auf die juristische Person als alleinigen Gesellschafter ist die Zweifelsfrage nie erheblich, da sie infolge der Rückwirkung von § 10 DurchfVO. auf jeden Fall gültig sind.

[21]) Dem Tage der Verkündung der DurchfVO.

Voraussetzung für eine derartige Firmenbildung ist aber natürlich, daß der Rechtsnachfolger sich eine Firma bilden darf. Er muß also ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. führen. Übernimmt z. B. der nicht eingetragene Kaufmann mit dem Vermögen der Kapitalgesellschaft nicht ein vollkaufmännisches Gewerbe nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB., oder wird bei Fehlen eines solchen Gewerbes zwischen den Gesellschaftern eine BGB.-Gesellschaft gebildet, so kommt für sie als Rechtsnachfolger eine Firma nicht in Frage. Dann können sie natürlich die Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft überhaupt nicht fortführen. Diese Firma verschwindet dann spurlos.

Voraussetzung für die Fortführung der Firma der Kapitalgesellschaft als Nachfolgezusatz ist, daß der Rechtsnachfolger das Handelsgeschäft der Kapitalgesellschaft fortführt. Liegt bei dem Betriebe der Kapitalgesellschaft kein Handelsgeschäft vor, so kommt eine Weiterführung nicht in Frage. Daß das fortzuführende Handelsgeschäft der Kapitalgesellschaft ein vollkaufmännisches Handelsgeschäft war, ist im § 5 Abs. 2 UG. nicht vorgeschrieben[22]). So kann ein Vollkaufmann, der als alleiniger Gesellschafter nach § 8 UG. das Vermögen einer Kapitalgesellschaft mit einem Minderkaufmannsunternehmen nach § 4 HGB. — aber nicht einem Handwerk — übernimmt, die Firma der Kapitalgesellschaft in seiner Firma nach § 5 Abs. 2 UG. fortführen. Ist der alleinige Gesellschafter selbst Minderkaufmann, so ist das ausgeschlossen, da er keine Firma besitzt. In diesem Falle geht die Firma der Kapitalgesellschaft spurlos unter.

An den Begriff der „Fortführung" des Handelsgeschäfts der Kapitalgesellschaft sind keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Das fortgeführte Geschäft braucht nur im wesentlichen auf den alten Grundlagen zu beruhen, es muß nur die sog. Kontinuität des Unternehmens, der Zusammenhang des Geschäfts gewahrt werden (RG.: JW. 1902, 186).

Eine Zustimmung zur Beifügung der Firma der Kapitalgesellschaft ist — wie in § 22 HGB. — nicht erforderlich.

Die Fortführung der Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft ist aber nur in der Form möglich, daß sie der Firma des Rechtsnachfolgers als Nachfolgezusatz beigefügt wird. Durch die Beifügung des Nachfolgezusatzes dürfen aber keine „Mißverständnisse und Unklarheiten" hervorgerufen werden (vgl. Groschuff: JW. 1934, 1825; RG. 104, 342). Deshalb muß es z. B. erlaubt sein, daß in dem Nachfolgezusatz der das Gesellschaftsverhältnis der umgewandelten Kapitalgesellschaft andeutende Zusatz „AktG.", „GmbH." weggelassen wird. So kann also eine OHG., die von den Gesellschaftern Fritz Schulze und Emil Müller der umgewandelten Kapitalgesellschaft „Speiseölfabrik Neuruppin AktG." gebildet wird, firmiert werden: „Fritz Schulze und Emil Müller, Nachfolger der Speiseölfabrik Neuruppin" (vgl. ebenso Böttcher-Meilicke S. 31).

B. Die firmenrechtlichen Vorschriften des § 12 DurchfVO.

§ 12 DurchfVO. läßt im großen und ganzen die firmenrechtlichen Vorschriften des § 5 Abs. 2 UG. unberührt. Er trifft nur eine Sonderregelung für den Fall, daß die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft den Namen einer natürlichen Person enthält. Diese Vorschrift ist sinngemäß dahin zu verstehen, daß zur Anwendung des § 12 DurchfVO. die Führung des Namens einer natürlichen Person ausreicht. Falls die Kapitalgesellschaft die Namen zweier oder mehrerer natürlicher Personen führt, so hindert dies die Anwendung des § 12 DurchfVO. also nicht. (Ebenso wohl Quassowski a. a. O.)

Führt die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft den Namen einer natürlichen Person, so können die Rechtsnachfolger, falls sie Vollkaufleute nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. sind, die Firma der Kapitalgesellschaft mit oder ohne Beifügung eines Nachfolgezusatzes führen, falls sie das von der Kapitalgesellschaft betriebene Handelsgeschäft — das nicht notwendig ein Vollkaufmannsgeschäft zu sein braucht — weiterführen.

Dabei ist es gleichgültig, ob der Rechtsnachfolger vor der Umwandlung eine Firma führte oder nicht. Führte der Rechtsnachfolger vorher keine Firma, so kann er die Firma der Kapitalgesellschaft bei der Firmenbildung verwenden. Führte der Rechtsnachfolger eine eigene Firma, so muß er — falls er nicht ein Einzelkaufmann ist — seine bisherige Firma, falls er die Firma der Kapitalgesellschaft fortführen will, abändern; die Führung von zwei Firmen ist für Handelsgesellschaften unzulässig[23]) (Staub, Anm. 3 zu § 17; 12 zu § 22).

Der Rechtsnachfolger darf — er braucht es aber nicht — die Firma der Kapitalgesellschaft, falls sie einen Namen einer natürlichen Person führt —, fortführen. An die Entscheidung, wie die Fortführung vorzunehmen ist, sind strenge Anforderungen zu stellen (RG. 104, 342). Die fortgeführte Firma darf mit Ausnahme der gleich zu betrachtenden Vorschrift des § 12 Abs. 2 DurchfVO. nur in unwesentlichen Punkten[24]) und nur insoweit abgeändert werden, daß an dem Klangbild der fortgeführten Firma nichts geändert werden darf. Jedoch kann der das Gesellschaftsverhältnis der umgewandelten Kapitalgesellschaft andeutende nicht mehr zutreffende Zusatz: „AktG.", „GmbH." jederzeit gestrichen werden; er muß sogar fortgelassen werden, falls nicht ein Nachfolgezusatz erfolgt (vgl. ebenso Staub, Anm. 12 zu § 22).

Einige Beispiele mögen die nach § 12 DurchfVO. zulässige Firmenbildung klarstellen: die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft firmiert „Paul Müller AktG.". Die Umwandlung geschieht nach § 8 UG. durch Übernahme des Vermögens durch den alleinigen Gesellschafter Fritz Schulze, der eine Firma „Kurt Froh" besitzt. Er kann jetzt firmen „Paul Müller", oder: die Umwandlung geschieht nach § 8 UG., § 6 Abs. 2 DurchfVO. durch Übernahme des Vermögens durch die Hauptgesellschafterin „Grundstücksgesellschaft Alpha mbH.". Sie kann firmieren „Paul Müller GmbH." oder „Grundstücksgesellschaft Alpha GmbH. Nachfolger der Paul Müller AktG.", oder: die Umwandlung geschieht nach §§ 8 ff. UG. durch Errichtung einer KommGes., die aus den beiden Gesellschaftern Max Elend und Egon Fleischer der Kapitalgesellschaft gebildet wird. Die KommGes. kann firmieren „Paul Müller" oder „Paul Müller Kommanditgesellschaft"[25]).

Von dem Grundsatz, daß bei der Fortführung der Firma nichts geändert werden darf, macht § 12 Abs. 2 DurchfVO. eine Ausnahme, indem er bestimmt, daß die Rechtsnachfolger derjenigen Kapitalgesellschaften, die einen Namen „einer" natürlichen Person führen, diesen Namen ohne Fortführung der bisherigen Firma der umgewandelten Kapitalgesellschaft mit Genehmigung des RJM. oder der von ihm bezeichneten Stelle bei der Bildung ihrer Firma verwenden dürfen. Wenn die Rechtsnachfolger z. B. von den Namen zweier natürlicher Personen, die in der Firma der Kapitalgesellschaft enthalten sind, nur einen bei der Bildung ihrer Firma verwenden wollen, so kann der RJM. ihnen dies gestatten, selbst wenn sie den zu übernehmenden Namen bei der Bildung ihrer Firma nur neben anderen Bestandteilen aufnehmen wollen.

---

[22]) Es ist aber nach den obigen Voraussetzungen erforderlich, daß der Rechtsnachfolger selbst ein vollkaufmännisches Gewerbe nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB. führt.

[23]) Übernimmt ein Einzelvollkaufmann nach § 8 UG. als alleiniger Gesellschafter das Vermögen einer Kapitalgesellschaft mit einem vollkaufmännischen Unternehmen nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB., so kann er die Firma der Kapitalgesellschaft mit dem Namen einer natürlichen Person im Rahmen des § 12 DurchfVO. neben seiner bisherigen Firma als selbständige Firma fortführen, falls er beide Handelsgeschäfte getrennt betreibt. Ein Einzelkaufmann kann für mehrere Handelsgeschäfte mehrere Firmen führen (ebenso Staub, Anm. 3 zu § 17).

[24]) Vgl. ebenso KG. 1 b X 607/33; eine unwesentliche Abänderung ist dann anzunehmen, „wenn an dem dem Auge und Ohr sich einprägenden Klanggebilde" nichts geändert wird (RG. 104, 342).

[25]) Die Hinzufügung des Wortes „Kommanditgesellschaft" dürfte als unwesentliche Abänderung zuzulassen sein (vgl. RG. 104, 342).

Übersicht

Die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft besteht aus:	Ist eine Umwandlung, gegebenenfalls welche Umwandlung ist möglich, wenn das Unternehmen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besteht aus: einem vollkaufmännischen Unternehmen nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB.?	einem Minderkaufmannsunternehmen nach § 4 HGB., einem Handwerk oder einem sonstigen Unternehmen, das nicht unter die §§ 1—3 HGB. fällt?
I. **einem Gesellschafter**, der		
A. eine natürliche Person ist.	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den alleinigen Gesellschafter nach § 8 UG. möglich.	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den alleinigen Gesellschafter nach § 8 UG. möglich.
B. eine juristische Person ist.	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den alleinigen Gesellschafter nach § 8 UG. möglich. Eine Zulassung der Umwandlung durch den RJM. ist nicht erforderlich (§ 11 DurchfVO.).	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den alleinigen Gesellschafter nach § 8 UG. möglich. Eine Zulassung der Umwandlung durch den RJM. ist nicht erforderlich (§ 11 DurchfVO.).
C. eine OHG. oder KommGes. ist, bei der		
1. keine juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist.	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die bestehende OHG. oder KommGes. nach §§ 2 ff., 12 UG. möglich.	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die bestehende OHG. oder KommGes. nach §§ 2 ff., 12 UG. möglich.
2. eine juristische Person als Gesellschafter beteiligt ist.	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die bestehende OHG. oder KommGes. nach §§ 2 ff., 12 UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf die bestehende OHG. oder KommGes. nach §§ 2 ff., 12 UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfO.).
II. **mehreren Gesellschaftern**, von denen keiner Hauptgesellschafter der Kapitalgesellschaft ist. Es ist zu unterscheiden:		
A. Es stimmen nur Gesellschafter zu, die natürliche Personen sind.	Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach §§ 9 ff., 12 UG. möglich.	Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. möglich.
B. Es stimmen nur Gesellschafter zu, die juristische Personen sind.	Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach §§ 9 ff., 12 UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
C. Es stimmen nur Gesellschafter zu, die OHG. oder KommGes. sind.	Eine Umwandlung ist ausgeschlossen. Keiner der zustimmenden Gesellschafter kann als persönlich haftender Gesellschafter an der unter ihnen zur Umwandlung nach §§ 9 ff., 12 UG. zu bildenden OHG. oder KommGes. beteiligt werden.	Eine Umwandlung ist ausgeschlossen. Eine BGB.-Gesellschaft unter OHG. oder KommGes. ist nicht zulässig.
D. Es stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen befinden.	Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach §§ 9 ff., 12 UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
E. Es stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie OHG. oder KommGes. befinden.	Eine Umwandlung ist nur möglich, wenn nach §§ 12, 9 ff. UG. zwischen den Zustimmenden eine derartige KommGes. gebildet wird, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden. Eine Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder einer KommGes., an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt werden, ist nicht zulässig.	Eine Umwandlung ist ausgeschlossen, da die zustimmenden OHG. oder KommGes. nicht als Gesellschafter an der nach § 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. zu bildenden BGB.-Gesellschaft beteiligt werden können.
F. Es stimmen Gesellschafter zu, unter den sich sowohl juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden.	Eine Umwandlung ist nur möglich, wenn nach §§ 12, 9 ff. UG. zwischen den Zustimmenden eine derartige KommGes. gebildet wird, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	Eine Umwandlung ist ausgeschlossen, da die zustimmenden OHG. oder KommGes. nicht als Gesellschafter an der nach § 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. zu bildenden BGB.-Gesellschaft beteiligt werden können.
G. Es stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche, wie juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden.	Eine Umwandlung ist nur möglich, wenn nach §§ 12, 9 ff. UG. zwischen den Zustimmenden eine derartige KommGes. gebildet wird, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	Eine Umwandlung ist ausgeschlossen, da die zustimmenden OHG. oder KommGes. nicht als Gesellschafter an der nach § 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. zu bildenden BGB.-Gesellschaft beteiligt werden können.
III. **einem Hauptgesellschafter**, der	Zwei Umwandlungsmöglichkeiten:	Zwei Umwandlungsmöglichkeiten:
A. eine natürliche Person ist.	1. Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach § 6 Abs. 2 DurchfVO., § 8 UG. möglich. Dann müssen alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen.	1. Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach § 6 Abs. 2 DurchfVO., § 8 UG. möglich. Dann müssen alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen.

Die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft besteht aus:	Ist eine Umwandlung, gegebenenfalls welche Umwandlung ist möglich, wenn das Unternehmen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besteht aus: einem vollkaufmännischen Unternehmen nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB.?	einem Minderkaufmannsunternehmen nach § 4 HGB., einem Handwerk oder einem sonstigen Unternehmen, das nicht unter die §§ 1—3 HGB. fällt?
	2. Stimmen ein Teil oder alle Mitgesellschafter der Umwandlung zu, so ist zu unterscheiden:	2. Stimmen ein Teil oder alle Mitgesellschafter der Umwandlung zu, so ist zu unterscheiden:
	a) Stimmen nur Gesellschafter zu, die natürliche Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. möglich.	a) Stimmen nur Gesellschafter zu, die natürliche Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 4 ff., 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. möglich.
	b) Stimmen nur Gesellschafter zu, die juristische Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. möglich, falls der RJM. die Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.)	b) Stimmen nur Gesellschafter zu, die juristische Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 4 ff., 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
	c) Stimmen nur Gesellschafter zu, die OHG. oder KommGes. sind, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden.	c) Stimmen nur Gesellschafter zu, die OHG. oder KommGes. sind, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da dann an der zu bildenden BGB.-Gesellschaft OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht möglich ist.
	d) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen befinden, so ist die Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. möglich, falls der RJM. die Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	d) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen befinden, so ist die Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 4 ff., 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
	e) Stimmten Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden.	e) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da dann an der zu bildenden BGB.-Gesellschaft OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht möglich ist.
	f) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	f) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da dann an der zu bildenden BGB.-Gesellschaft OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht möglich ist.
	g) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche, wie juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	g) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche, wie juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da dann an der zu bildenden BGB.-Gesellschaft OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht möglich ist.
B. eine juristische Person ist.	Zwei Umwandlungsmöglichkeiten: 1. Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach §§ 6 Abs. 2, 11 DurchfVO., § 8 UG. möglich. Dann müssen alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen. Eine Zulassung durch den RJM. ist nicht erforderlich (§ 11 DurchfVO.).	Zwei Umwandlungsmöglichkeiten: 1. Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach §§ 6 Abs. 2, 11 DurchfVO. möglich. Dann müssen alle Mitgesellschafter ablehnen. Eine Zulassung durch den RJM. ist nicht erforderlich (§ 11 DurchfVO.).

Die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft besteht aus:	Ist eine Umwandlung, gegebenenfalls welche Umwandlung ist möglich, wenn das Unternehmen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besteht aus: einem vollkaufmännischen Unternehmen nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB.?	einem Minderkaufmannsunternehmen nach § 4 HGB., einem Handwerk oder einem sonstigen Unternehmen, das nicht unter die §§ 1—3 HGB. fällt?
	2. Stimmen ein Teil oder alle Mitgesellschafter der Umwandlung zu, so ist zu unterscheiden:	2. Stimmen ein Teil oder alle Mitgesellschafter zu, so ist zu unterscheiden:
	a) Stimmen nur Gesellschafter zu, die natürliche Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	a) Stimmen nur Gesellschafter zu, die natürliche Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 4 ff., 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
	b) Stimmen nur Gesellschafter zu, die juristische Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	b) Stimmen nur Gesellschafter zu, die juristische Personen sind, so ist die Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 4 ff., 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
	c) Stimmen nur Gesellschafter zu, die OHG. oder KommGes. sind, so ist die Umwandlung durch eine unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. zu bildende derartige KommGes., an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als Kommanditisten zu beteiligen sind, nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	c) Stimmen nur Gesellschafter zu, die OHG. oder KommGes. sind, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da an der zwischen den Zustimmenden zu bildenden BGB.-Gesellschaft die OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht zulässig ist.
	d) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen befinden, so ist die Umwandlung durch Bildung einer OHG. oder KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 9 ff., 12 UG. nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	d) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen befinden, so ist die Umwandlung durch Bildung einer BGB.-Gesellschaft unter den Zustimmenden nach §§ 4 ff., 1 f. DurchfVO., §§ 9 ff. UG. nur möglich, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).
	e) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist die Umwandlung nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. nur durch Bildung einer derartigen KommGes. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als KommGes. beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	e) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da an der zwischen den Zustimmenden zu bildenden BGB.-Gesellschaft die OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht zulässig ist.
	f) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist die Umwandlung nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. nur durch Bildung einer derartigen KommGes. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als KommGes. beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	f) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da an der zwischen den Zustimmenden zu bildenden BGB.-Gesellschaft die OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht zulässig ist.
	g) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen, wie OHG. oder KommGes., befinden, so ist die Umwandlung nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. nur durch Bildung einer derartigen KommGes. möglich, an der die zustimmenden OHG. oder KommGes. nur als KommGes. beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	g) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen, wie OHG. oder KommGes., befinden, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da an der zwischen den Zustimmenden zu bildenden BGB.-Gesellschaft die OHG. oder KommGes. als Gesellschafter zu beteiligen wären, was nicht zulässig ist.
C. eine OHG. oder KommGes. ist.	Zwei Umwandlungsmöglichkeiten: 1. Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach §§ 6 Abs. 2, 8 UG. Dann müssen alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen. Dabei ist aber zu unterscheiden: a) Ist bei der OHG. oder KommGes., die der Hauptgesellschafter der Kapitalgesell	Eine Umwandlungsmöglichkeit: Umwandlung durch Übertragung des Vermögens der Kapitalgesellschaft auf den Hauptgesellschafter nach §§ 6 Abs. 2, 8 UG. Dann müssen alle Mitgesellschafter die Umwandlung ablehnen. Dabei ist aber zu unterscheiden: a) Ist bei der OHG. oder KommGes., die der Hauptgesellschafter der Kapitalgesell

Die umzuwandelnde Kapitalgesellschaft besteht aus:	Ist eine Umwandlung, gegebenenfalls welche Umwandlung ist möglich, wenn das Unternehmen der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft besteht aus:	
	einem vollkaufmännischen Unternehmen nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 HGB.?	einem Minderkaufmannsunternehmen nach § 4 HGB., einem Handwerk oder einem sonstigen Unternehmen, das nicht unter die §§ 1—3 HGB. fällt?
	schaft ist, eine juristische Person als Gesellschafter beteiligt, so bedarf diese Umwandlung der Zulassung des RJM. (§ 10 DurchfVO.). b) Ist bei der OHG. oder KommGes. keine juristische Person als Gesellschafter beteiligt, so ist natürlich eine Zulassung durch den RJM. nicht erforderlich. 2. Stimmen ein Teil oder alle Mitgesellschafter der Umwandlung zu, so ist zu unterscheiden: a) Stimmen nur Gesellschafter zu, die natürliche Personen sind, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an der die Hauptgesellschafterin nur als Kommanditistin beteiligt wird. b) Stimmen nur Gesellschafter zu, die juristische Personen sind, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an der die Hauptgesellschafterin nur als Kommanditistin beteiligt wird, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.). c) Stimmen nur Gesellschafter zu, die OHG. oder KommGes. sind, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen, da keine der zustimmenden Gesellschafterinnen persönlich haftende Gesellschafterin der etwa unter ihnen zu bildenden OHG. oder KommGes. werden kann. d) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen befinden, so ist die Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an der die Hauptgesellschafterin nur als Kommanditistin beteiligt wird, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.). e) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche Personen wie OHG. befinden, so ist eine Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an denen die Zustimmenden, soweit sie OHG. oder KommGes. sind, nur als Kommanditisten beteiligt werden. f) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl juristische Personen wie OHG. oder KommGes. befinden, so ist eine Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an denen die Zustimmenden, soweit sie OHG. oder KommGes. sind, nur als Kommanditisten beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.). g) Stimmen Gesellschafter zu, unter denen sich sowohl natürliche wie juristische Personen, wie OHG. oder KommGes., befinden, so ist eine Umwandlung nur durch Bildung einer derartigen KommGes. unter den Zustimmenden nach § 4 DurchfVO., §§ 12, 9 ff. UG. möglich, an denen die Zustimmenden, soweit sie OHG. oder KommGes. sind, nur als Kommanditisten beteiligt werden, falls der RJM. diese Umwandlung zuläßt (§ 10 DurchfVO.).	schaft ist, eine juristische Person als Gesellschafter beteiligt, so bedarf diese Umwandlung der Zulassung des RJM. (§ 10 DurchfVO.). b) Ist bei der OHG. oder KommGes. keine juristische Person als Gesellschafter beteiligt, so ist natürlich eine Zulassung durch den RJM. nicht erforderlich. Stimmen ein Teil oder alle Mitgesellschafter der Umwandlung zu, so ist jede Umwandlung ausgeschlossen. Zwischen der Hauptgesellschafterin und den Zustimmenden wäre eine BGB.-Gesellschaft zu bilden, was aber ausgeschlossen ist, da die OHG. oder KommGes.-Hauptgesellschafterin nicht Gesellschafterin einer BGB.-Gesellschaft werden kann.

Die Regelung der Zuständigkeit im Wiederaufnahmeverfahren nach dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933

Es sind Zweifel darüber aufgetaucht, welches Gericht für das Wiederaufnahmeverfahren nach § 12 Abs. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933 zuständig ist, wenn der endgültige Beschluß, gegen den sich die Wiederaufnahme richtet, von einem Erbgesundheitsobergericht erlassen worden ist. Und zwar in Hinblick darauf, daß bei dem in der ZPO. und in der StPO. geregelten Wiederaufnahmeverfahren gegen Urteile der beiden ersten Tatsacheninstanzen grundsätzlich das Gericht über den Wiederaufnahmeantrag entscheidet, dessen Spruch mit dem Verfahren angefochten werden soll, im § 12 Abs. 2 ErbgesG. aber lediglich davon die Rede ist, daß das Erbgesundheitsgericht das Verfahren wiederaufzunehmen und die Ausführung der Unfruchtbarmachung vorläufig zu untersagen habe, wenn sich Umstände ergeben, die eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts erfordern.

Außer den in § 12 Abs. 2 enthaltenen Bestimmungen sind weitere für unsere Erörterung in Frage kommende Vorschriften über das Wiederaufnahmeverfahren weder im Gesetz selbst noch in den bisher ergangenen zwei AusfVO. v. 5. Dez. 1933 und v. 29. Mai 1934 vorhanden. Die Verweisung des Art. 4 der 1. AusfVO., der auf das Verfahren vor den Erbgesundheits- und den Erbgesundheitsobergerichten die Vorschriften des RFGG. für entsprechend anwendbar erklärt, kann für unsere Frage zu keinem Ergebnis führen, da das RFGG. ein Wiederaufnahmeverfahren nicht kennt.

Da die Vorschriften der ZPO. und StPO. mangels ausdrücklicher Verweisung direkt nicht anwendbar sind, ist zunächst im Wege der Gesetzesauslegung festzustellen, ob die Ausdrucksweise Erbgesundheitsgericht im § 12 Abs. 2 wörtlich, oder dahin erweitert auszulegen ist, daß auch das Erbgesundheitsobergericht für die Fälle gemeint ist, in denen dieses die endgültige Entscheidung erlassen hat.

Bei der Gesetzesauslegung ist in erster Linie der Wortsinn nach dem gesetzlichen Sprachgebrauch und nach dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschriften zu ermitteln. Hierbei ist zu beachten, daß eine buchstäbliche Auslegung, die sich nur an die äußere Fassung des Gesetzes klammert, ebenso verfehlt ist, wie eine freie Auslegung, die sich über den Sinn der Gesetzesworte hinwegsetzt. Der richtige Weg liegt vielmehr in der Mitte.

Unter Berücksichtigung einer solchen Auslegungsmethode kommt man zu dem Ergebnis, daß für das Wiederaufnahmeverfahren gemäß § 12 Abs. 2 einzig und allein die Zuständigkeit des Erbgesundheitsgerichts gegeben ist, auch wenn die Entscheidung, gegen die sich das Wiederaufnahmeverfahren richtet, in der Beschwerdeinstanz vom Erbgesundheitsobergericht erlassen worden ist.

Dieser Schluß rechtfertigt sich aus folgenden Erwägungen: Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses und seine beiden Ausführungsverordnungen sprechen entweder vom Erbgesundheitsgericht (§§ 4, 5, 7 Abs. 1, 9, 12 Abs. 2 des Ges., Art. 4 Abs. 1, 2, 3 der 1. AusfVO., Art. 1 Abs. 2, 2 der 2. AusfVO.), oder vom Erbgesundheitsobergericht (§§ 9, 10 des Ges., Art. 4 der 1. AusfVO., Art. 2 der 2. AusfVO.) oder lediglich vom Gericht (§§ 8, 12 Abs. 1 des Ges., Art. 6 Abs. 1, 3 der 1. AusfVO., Art. 1 Abs. 4 der 2. AusfVO.). Abgesehen vom § 12 Abs. 2 des Ges. läßt sich eindeutig die Feststellung treffen, daß in allen oben aufgeführten Fällen, in denen der Gesetzgeber vom Erbgesundheitsgericht spricht, das dem AG. angegliederte Gericht erster Instanz meint, dem die Bezeichnung „Erbgesundheitsgericht" beigelegt wurde.

Entsprechend versteht das Gesetz, wenn vom Erbgesundheitsobergericht die Rede ist, immer das einem OLG. angegliederte Gericht, das über Beschwerden gegen Entscheidungen der erstinstanzlichen Erbgesundheitsgerichte zu befinden hat und den Namen „Erbgesundheitsobergericht" trägt.

Spricht das Gesetz aber nur vom Gericht, so kann, wie der Sinn der entsprechenden Vorschriften deutlich erkennen läßt, sowohl das Erbgesundheitsgericht als auch das Erbgesundheitsobergericht in Frage kommen.

Auf Grund dieser grundsätzlichen Feststellung, daß der Gesetzgeber, wenn er vom „Erbgesundheitsgericht" spricht, immer das dem AG. angegliederte Gericht erster Instanz meint, folgt zunächst aus dem gesetzlichen Sprachgebrauch, daß auch im Falle des § 12 Abs. 2 das Gericht erster Instanz gemeint sein soll. Daß dies auch für den Fall gelten soll, wenn sich das Wiederaufnahmeverfahren gegen einen endgültigen Beschluß des Erbgesundheitsobergerichts richtet, ergibt sich aus der Betrachtung des § 12 im ganzen: Während im Abs. 1 von einem endgültigen Beschluß des Gerichts die Rede ist, somit also sowohl eine Entscheidung des Erbgesundheits- oder des Erbgesundheitsobergerichts vorliegen kann, spricht Abs. 2 — obwohl auch hier das Erbgesundheits- oder das Erbgesundheitsobergericht gesprochen haben kann — nur von der Zuständigkeit des „Erbgesundheitsgerichts". Hieraus folgt: Hätte der Gesetzgeber für unseren Fall die Zuständigkeit des Erbgesundheitsobergerichts begründen wollen, so hätte nichts nähergelegen, als auch im Abs. 2 entsprechend der Ausdrucksweise des Abs. 1 nur von dem „Gericht" zu reden. Dann wäre klar gesagt, daß sowohl das Erbgesundheits- als auch das Erbgesundheitsobergericht über einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens entscheiden könnte, je nachdem, ob der endgültige Beschluß vom Erbgesundheits- oder vom Erbgesundheitsobergericht erlassen worden ist.

Die bestimmte Ausdrucksweise des Gesetzgebers in Abs. 2 gegenüber der sowohl Erbgesundheitsgericht und Erbgesundheitsobergericht umfassenden Bezeichnung „Gericht" in Abs. 1 des § 12 lassen daher den klaren Willen des Gesetzgebers erkennen, für das in Abs. 2 geregelte Wiederaufnahmeverfahren lediglich die Zuständigkeit des Erbgesundheitsgerichts zu begründen, ganz gleich, ob die endgültige Entscheidung von diesem oder in der Beschwerdeinstanz vom Erbgesundheitsobergericht gefällt worden ist.

Hiernach ist für eine entsprechende Anwendung der für das Wiederaufnahmeverfahren gegen Entscheidungen der ersten beiden Tatsacheninstanzen geltenden Vorschriften der ZPO. und StPO. kein Raum. Auch in Hinblick darauf nicht, daß das Gesetz, wenn Vorschriften der ZPO. anwendbar sein sollen, dies in jedem Falle ausdrücklich hervorhebt (§§ 7 Abs. 2, 9). Ferner wird dem Beschwerten durch die vorgesehene Regelung der Instanzenzug erhalten, was ebenfalls für die alleinige Zuständigkeit des Erbgesundheitsgerichts spricht.

Diese in § 12 Abs. 2 vorgesehene Regelung der Zuständigkeit entspricht dem in § 584 ZPO., § 367 StPO. vorgeschriebenen Verfahren hinsichtlich der Wiederaufnahme solcher Entscheidungen, die in der Revisionsinstanz erlassen worden sind. Desgleichen besteht die Möglichkeit, daß ein unteres Gericht die Entscheidung eines übergeordneten Gerichts aufheben kann, noch nach § 323 ZPO. Und zwar ähnelt dieser am meisten dem § 12 Abs. 2. Während nach § 584 ZPO., § 367 StPO. nur die Aufhebung eines Spruches der Revisionsinstanz im Falle veränderten Sachverhalts durch das untergeordnete Gericht erfolgen kann, ist nach § 323 ZPO. auch die Aufhebung einer Entscheidung der zweiten Tatsacheninstanz durch ein Gericht erster Instanz möglich.

Der oben entwickelte Grundsatz, daß das Erbgesundheitsgericht auch dann zuständig ist, wenn der Beschluß, gegen den sich die Wiederaufnahme richtet, vom Erbgesundheitsobergericht erlassen worden ist, kann daher nicht mit dem Einwand bekämpft werden, diese Regelung führe zu unannehmbaren Konsequenzen, da dann das Erbgesundheitsgericht, wenn es die gegen einen endgültigen Beschluß des Erbgesundheitsobergerichts gerichtete Wiederaufnahme für begründet erachtet, den Beschluß des Erbgesundheitsobergerichts aufheben kann. Wie der Hinweis auf § 584 ZPO., § 367 StPO. und insbes. auf § 323 ZPO. zeigt, ist bereits anderweit vom Gesetz die Möglichkeit vorgesehen, daß ein unteres Gericht die Entscheidung eines übergeordneten Gerichts ausdrücklich aufheben kann, wenn der von dem höheren Gericht bei seiner Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt sich geändert hat, und zwar auch dann, wenn das obere Gericht, dessen Entscheidung aufgehoben wird, die zweite Tatsacheninstanz ist (§ 323 ZPO.).

Ref. Dr. Karl Beetz, Naumburg a. S.

Haftpflichtecke

der Allianz und Stuttgarter Verein, Versicherungs-Aktien-Gesellschaft

1. Identitätstäuschung: Die Persönlichkeit nicht nur bei notariellen Urkunden und Beglaubigungen genau und persönlich prüfen, sondern auch bei Anwaltsmandaten insbesondere bei Auszahlungen.

2. Lest das Gesetz: Rechtsgebiete, auf denen man nicht täglich tätig wird, nicht bearbeiten ohne zu prüfen, ob nicht inzwischen Gesetzesänderungen erfolgt sind.

Schrifttum

Die Einsendung von Büchern begründet keinen Anspruch auf Besprechung. Eine Rücksendung kann in keinem Fall erfolgen

Dr. **E. Knoll**, MinR. im RArbMin.: **Der Neuaufbau der Sozialversicherung.** Grundlagen und -fragen des Ges. v. 5. Juli 1934 über den Aufbau der Sozialversicherung. (Die Sozialgesetzgebung des neuen Staates, Bd. 5.) Stuttgart-Berlin 1934. Verlag W. Kohlhammer. Preis kart. 2,80 *RM.*

Für die allgemeine Juristenwelt ist das Rechtsgebiet der Sozialversicherung von jeher mehr oder weniger terra incognita gewesen. Bei dem großen Umfange der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und der Seltenheit, in welcher sie vom Nichtspezialisten zu handhaben sind, wird sich hierin auch in Zukunft kaum jemals etwas ändern. Unbedingt erforderlich ist aber, daß eine wenigstens allgemeine Kenntnis über die Organisation der Sozialversicherung und die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung mehr Verbreitung findet als es bisher der Fall ist.

Weitere Kreise werden sich kaum die Tatsache vorgemerkt haben, daß die Reichsregierung in einem verhältnismäßig kurzen Gesetz die Richtlinien festgelegt hat, nach welchem der Neuaufbau der Sozialversicherung erfolgen soll. Als Band 5 einer Schriftenreihe zur Sozialgesetzgebung des neuen Staates hat der langjährige Sachbearbeiter im Reichsarbeitsministerium für die Reform der Sozialversicherung die Grundgedanken des neuen Aufbaugesetzes systematisch zusammengestellt und erörtert. Die Schrift, die sprachlich und gedanklich als hervorragend gelungen zu bezeichnen ist, ist für jeden Juristen von Interesse; insbes. auch, weil sie mit der Besprechung der Reformen einen guten Überblick über die Materie als solche übermittelt.

Die Sozialversicherung ist einer der Grundpfeiler der sozialen Ordnung überhaupt. Für das Verständnis der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen ist es hier von ganz besonderer Wichtigkeit, den allgemeinen Geist und die einzelnen gedanklichen Grundlagen zu kennen, auf denen sie beruhen. Der Leser wird hierüber in knapp gehaltenen Ausführungen unterrichtet. Zu den behandelten Problemen selbst kritisch Stellung zu nehmen, ist hier nicht der Ort. Nicht nur jedem, der mit dem Gebiet der Sozialversicherung praktisch zu tun hat, sondern auch dem allgemeinen Kreis der Juristen kann das Buch empfohlen werden, das auch für den gebildeten Laien ohne Schwierigkeit verständlich und im Hinblick auf die wichtigen und interessanten innerpolitischen und wirtschaftlichen Probleme anregend und lesenswert ist.

RA. und Not. Dr. A. Bergschmidt, Berlin.

Prof. Dr. **Friedrich Doerr**, OLGR. a. D.: **Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz.** Nebst ergänzenden Gesetzen. 15., durchgesehene Aufl. XII, 442 S. Taschenformat. München und Berlin 1935. C. H. Becksche Verlagsbuchh. Preis Leinenband 4,50 *RM.*

Die 14. Auflage habe ich JW. 1934, 472 besprochen. Das Buch hat sich seine großen Vorzüge — gedrängte Darstellung, reiches Material an Entscheidungen, kleinster Umfang, billiger Preis — bewahrt. Freilich muß man es sehr sorgfältig lesen; der Verf. hebt das im Vorwort selbst hervor. Die Übersichtlichkeit kommt bei der vom Verf. gewählten Darstellungsart und Druckanordnung etwas zu kurz; aber dieser Nachteil ließe sich wohl nur durch eine Neubearbeitung und nur auf Kosten der Billigkeit der Ausgabe beseitigen.

Das Buch ist mit Sorgfalt auf den neuesten Stand gebracht.

MinR. Dr. Lehmann, Berlin.

Dr. **Wolfgang Heintzeler**, Württemb. AR., Hilfsref. im Reichsjustizministerium: **Das Reichsjagdgesetz v. 3. Juli 1934** und Gesetz zur Überleitung des Forst- und Jagdwesens auf das Reich v. 3. April 1934. Mannheim-Berlin-Leipzig. Deutsches Druck- und Verlagshaus. Preis 2,40 *RM.*

Das Buch enthält daneben noch die Strafvorschriften der §§ 117 ff., 292 ff., 368 Nr. 10 StGB. und bringt mit einer Einleitung über die Geschichte des deutschen Jagdrechts für jeden Abschnitt des RJagdG. eine systematische Übersicht über den Inhalt und Zweck der einzelnen Bestimmungen. Sie ist dem Verf. gut gelungen; dagegen können, namentlich in jagdpolizeilicher und strafrechtlicher Hinsicht, einige Ansichten nicht geteilt werden. Da RJagdG. (§ 8) ein einheitliches, alle Flächen eines Eigenjagdbezirks umfassendes Grundbucheigentum voraussetzt, ist bei einem solchen mit nur 50 ha und 25 ha Nießbrauch (S. 22, 33, 34) ein Eigenjagdbezirk ausgeschlossen. Nach § 5 Abs. 2 RJagdG. muß auch die Nutznießung den ganzen Eigenjagdbezirk (Fideikommiß) umfassen. Auch bei der Jagdgenossenschaft ist Jagdgenosse nur der beteiligte Grundeigentümer, nicht der Nutznießer (Lehrer, Pfarrer), wie Verf. S. 24 Anm. 3 meint. Auch kann die Reichsbahn auf ihren Grundstücken nicht das Jagen, sondern nur das Betreten verbieten (§§ 77 ff. EisenbBau- u. BetrO. v. 17. Juli 1928 [RGBl. II, 541, 580]). Die Ansicht, die dem Jagdpächter einen Schutzanspruch nur gegen seinen Verpächter und nur gegen den gewerbsmäßigen Wilderer (§ 294 StGB.) gewährt (S. 25, 26), ist zu eng und übersieht, daß das Jagdpachtrecht ein absolutes, den Verpächter ausscheidendes selbständiges sonstiges Recht ist, welches Wissenschaft und Rechtsprechung unter den Schutz der §§ 862, 868, 823, 1004 BGB. gestellt hat (mein Buch: Hannov. JagdG. S. 173, 179 mit RG. 52, 128; 57, 392; Jena JR. 1922, 233; Lange: GruchBeitr. 69, 311). Daran hat RJagdG. nichts geändert. Mit Zulassung der Unterpacht (§§ 13, 14) ist die Jagdpacht ihrer höchstpersönlichen Eigenschaft entkleidet und der Pfändung unterworfen (§§ 851, 857 ZPO.; mein Buch S. 181). Bei den gesetzlichen Sonn- und Feiertagen vermisse ich: RGes. v. 24. Febr. 1934 (RGBl. I, 129) und RVO. v. 18. Mai 1934 (das. I, 394), deren § 4 Nr. 3 bereits die jagdpolizeiliche Untersagung der sog. Sonntagsjagd enthält, aber ohne Strafandrohung, so daß § 366 Nr. 1 StGB. Anwendung findet (vgl. München, JR. 1934, 2709). Ebensowenig äußert sich Verf. über die wichtige Frage, wie der Jagdausübungsberechtigte bei Zuwiderhandlungen gegen die übrigen sachlichen Jagdverbote in der Zwischenzeit bis zur Einführung (§ 70) oder dem Inkrafttreten der Strafbestimmungen §§ 60, 61 RJagdG. (nach § 71 Abs. 1 u. 2 das.) zu bestrafen ist. Im Gegensatz zu S. 59, 60 hat der Eigenjagdbesitzer jedenfalls Besitz an seiner gesamten Jagdfläche (§§ 854, 872, 873 BGB.). Mißverständlich ist der Satz (S. 86), daß die Einziehung der Geräte nur nach §§ 40, 295 StGB., d. h. genauer: nur beim Jagdvergehen (§§ 292—294 das.) zulässig sei. Denn es handelt sich nicht um den Wilderer, sondern um den Jagdausübungsberechtigten, dessen Jagdgeräte jedoch im Fall des verbotenen Schlingenstellens im Dohnenstieg nach §§ 6, 7, 8 Schlußsatz RVogelSchG. v. 30. Mai 1908 (RGBl. 314), dessen Vorschrift Verf. nicht mitaufgeführt hat, der Einziehung unterliegen können, also bei Verletzung der §§ 35 Nr. 9, 60 Nr. 8 RJagdG., § 76 StGB. i. d. Fass. des RGes. v. 24. Nov. 1933 (RGBl. I, 998). Die Einziehung der Jagdgeräte des Jagdberechtigten ist auf Grund § 40 StGB. nur bei dessen neugeschaffenem jagdpolizeilichen Vergehen (§ 60 Abs. 1 RJagdG.) zulässig. Im übrigen ist die Einziehung der Wildbeute nicht, wie Verf. meint, ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse möglich. Während die Wildererbeute herrenlos ist (§ 958 Abs. 2 BGB.) und der Einziehung nicht unterliegt (§ 295 StGB.), erwirbt der Jagdberechtigte trotz seiner jagdpolizeilichen Bestrafung und trotz der angedrohten, aber ein Verbot der Aneignung (§ 958 Abs. 2 BGB.) nicht enthaltenden Einziehung (mein Buch S. 8/9), die Beute stets zu Eigentum (§ 958 Abs. 1 BGB.). Auch ist die Einziehung der Wildbeute keine jagdpolizeiliche Sicherheitsmaßregel, vielmehr eine vermögensrechtliche Nebenstrafe, welche (§ 61 Abs. 1 RJagdG.) nur im Fall der Verurteilung des Jagdberechtigten zulässig ist, also fortfällt, wenn eine solche bei Verjährung, Freisprechung, Einstellung des Strafverfahrens (§§ 170, 260 StPO.) oder Unzurechnungsfähigkeit nicht vorliegt. Umfaßt die Begnadigung allgemein die Bestrafung, so fällt darunter auch die Nebenstrafe (RGSt. 53, 124). Daß endlich auch die Voraussetzungen der objektiven Einziehung der Wildbeute (§ 61 Abs. 2) nicht vorliegen, habe ich JW. 1934, 2209 (2213) nachgewiesen. Abgesehen hiervon ist das Buch als praktischer Führer zu empfehlen.

Geh. JR. Stelling, Hannover.

Dr. jur. **F. A. Schifferer**, Regierungsrat, Verkehrspolizeireferent im RMdJ. und Verkehrsreferent im PrMdJ.: **Die Reichsstraßenverkehrsordnung v. 28. Mai 1934** (RGBl. I, 455) mit der Ausführungsanweisung vom 29. Sept. 1934 (RGBl. I, 869). Handausgabe mit Erläuterungen. Frankfurt a. M. H. Bechhold Verlagsbuchhandlung. 222 Seiten mit 20 Seiten bunten Bildtafeln und neuen amtlichen Verkehrszeichen. Preis 2,20 *RM.*

Der Verf. ist als Polizei- und Verkehrsreferent im R.- und

PrMdJ. in erster Linie zur Besprechung der neuen RStO. und der Ausführungsanweisung berufen.

Schon wiederholt hat man auf die Mängel der neuen gesetzlichen Regelung hingewiesen. Der Verf. geht hieran ebenfalls nicht vorbei und spart nicht mit Kritik, wenn er mit den neuen Bestimmungen in dem einen oder anderen Punkt nicht zufrieden ist. Ich halte das deshalb für wertvoll, weil dadurch die Aufmerksamkeit des Lesers geweckt und ihm Einzeltatbestände besonders deutlich vor Augen gerückt werden. Es gibt kaum eine Verkehrsfrage, die nicht mit knappen und klaren Worten gelöst wird.

Die äußere Anordnung halte ich dagegen nicht für glücklich. Es fehlt vor allem noch ein Sachregister, das die schnelle Auffindung von Suchstellen ermöglicht oder doch wenigstens erleichtert; will man z. B. etwas über Vorfahrtsrecht, Einbahnstraße oder Überholen nachlesen, so muß man sich die betr. Gesetzesstellen herausſuchen; das erschwert die Gebrauchsmöglichkeit. Nach der „Einleitung" sollte versucht werden, durch Zusammenziehung der Grundregeln der RStO. und der Vorschriften ihrer Ausführungsanweisung den praktischen Gebrauch der Bestimmungen zu erleichtern. Ich fürchte, daß diese Absicht nicht verwirklicht ist. Es ist zwar sehr angenehm, daß den Paragraphen der RStO. die dazu gehörigen Teile der Ausführungsanweisung angefügt sind. Sie werden aber absatzweise besprochen, ohne daß die Paragraphenzahl wiederholt wird. Man muß also immer erst zurückblättern, um festzustellen, zu welchem Paragraphen der gerade erläuterte Absatz gehört. Auch fehlt oben auf den Buchseiten ein Hinweis darauf, was auf den einzelnen Seiten erörtert wird. Das hindert insbesondere den Nichtjuristen, für den das Buch aber auch bestimmt ist, an einem schnellen Zurechtfinden. Diese Bemängelungen sind aber gegenüber den sonstigen großen Vorzügen des Werkes von untergeordneter Bedeutung.

Abgedruckt sind selbstverständlich sämtliche bedeutsame inzwischen neuherausgekommene Verordnungen und vor allem auch, was sehr wichtig ist, die neuen amtlichen internationalen Verkehrszeichen.

Dr. Bruno Louis, Hamburg.

Dr. jur. **Hans Fischer-Fischerhof: Die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers bei ungerechtfertigter Zwangsvollstreckung.** Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Besitzverhältnissen an gepfändeten Sachen. Berlin und Leipzig 1934. Walter de Gruyter & Co. 99 S. Preis 3,60 RM.

Der Verf. untersucht zunächst mit eingehenden sachenrechtlichen Erörterungen — insbes. auch unter Heranziehung der §§ 989, 990 BGB. — die Haftung des widerrechtlich in fremdes Vermögen vollstreckenden Gläubigers. Dann behandelt er die Haftung des Vollstreckungsgläubigers aus unerlaubter Handlung. Am Schlusse kommt er zu dem Ergebnisse, daß, soweit man auf die Bestimmungen des BGB. angewiesen sei, „mangels umfassender ausdrücklicher Normierung die Schadensersatzpflicht des Vollstreckungsgläubigers höchst unvollständig geregelt sei". Er führt weiter aus, im Wege der richterlichen Rechtsschöpfung lasse sich eine befriedigende Regelung dahin schaffen, daß der Gläubiger dem Schuldner und einem widerspruchsberechtigten Dritten bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit hafte, bei vorsätzlichem Handeln auch für zufälligen Schaden, sofern dieser nicht auch ohne die Vollstreckungshandlung eingetreten wäre. Die einschlägigen Haftungsvorschriften der ZPO. (§§ 302, 717) sollen unberührt bleiben, die Haftung aus § 945 nach Maßgabe der erwähnten Regelung auch auf schuldhaften Arrestvollzug ausgedehnt werden. — Die sehr interessante und umstrittene Frage, inwieweit unter Umständen ein rechtskräftiges Urteil einem auf § 826 BGB. gestützten Schadensersatzanspruche weichen muß, hat der Verf. geflissentlich als nur am Rande der Aufgabe liegend nur kurz gestreift.

Gegen einzelne Ausführungen mag man Bedenken haben. Das Werk bietet aber in jedem Falle wertvolle Anregungen.

KGR. Armstroff, Berlin.

Dr. jur. **Hans Heinz Lux: Das Recht der Kurtaxe.** Ein Beitrag zur gegenwärtigen Rechtslage und ein Vorschlag zu reichseinheitlicher Regelung. Berlin 1934. Bund deutscher Verkehrsverbände und Bäder E. V., Berlin W 9.

Der Besuch der Bade- und Kurorte ist heute nicht mehr Vorrecht begüterter Volkskreise, die Bade- und Kurorte dienen vielmehr ganz allgemein der Erhaltung der Volksgesundheit und damit dem Allgemeinwohl. Es sind also heute nicht mehr einzelne Volkskreise, sondern es ist heute die breite Öffentlichkeit daran interessiert, zu wissen, ob und in welchen Kurorten eine Kurtaxe erhoben wird, wie der Tarif gestaltet ist und ob diese Gestaltung den berechtigten Forderungen der Volksgesamtheit entspricht. Daß dem so ist, ist auf der einen Seite im wesentlichen der Arbeit des Bundes Deutscher Verkehrsverbände und Bäder, auf der anderen Seite aber der Arbeit des Organisationsamtes „Kraft durch Freude" zu danken, die Tausenden von Volksgenossen den Besuch von Kur- und Erholungsorten ermöglicht hat. Der Präsident des Bundes Deutscher Verkehrsverbände und Bäder hat denn auch in diesem Jahre Richtlinien für Kurtaxordnungen herausgegeben, deren Innehaltung für Preußen den Gemeinden und Gemeindeverbänden durch RdErl. v. 16. Mai 1934 (MBliV. 720) empfohlen worden ist mit dem Zusatz, es solle durch diese Richtlinien der Willkür in der Preisfestsetzung entgegengewirkt und in dem reisenden Publikum das Gefühl erweckt werden, daß es überall einer ehrbaren Wirtschaft gegenüberstehe. Da jedoch auch heute noch erhebliche Verschiedenheiten auf diesem Gebiete vorkommen, über die Kurtaxe, ihren rechtlichen Charakter sowie die Art ihrer Erhebung und Beitreibung keine einheitliche Auffassung in Gesetzgebung und Rechtsprechung besteht, ist es außerordentlich zu begrüßen, daß Dr. jur. Hans Heinz Lux in der eingangs erwähnten Schrift nicht nur eine umfassende Darstellung und Würdigung des in den einzelnen deutschen Ländern und insbes. in Preußen geltenden Rechts, sondern auch Gedanken für eine reichseinheitliche Erneuerung des Rechts der Kurtaxe bringt. Der Verf. hält dabei an dem öffentlich-rechtlichen Charakter der von Gemeinden und Gemeindeverbänden zu erhebenden Kurtaxe fest, wie überhaupt an der Auffassung, daß die Erhebung derartiger Abgaben auch heute gerechtfertigt und notwendig ist, um den Gemeinden und Gemeindeverbänden die Unterhaltung kostspieliger Kureinrichtungen zu ermöglichen. Wenn von verschiedenen Seiten des öfteren der Vorschlag gemacht worden ist, an Stelle der Kurtaxe oder neben ihr eine „Kurförderungsabgabe", d. h. eine besondere Abgabe von denjenigen Ortsansässigen zu erheben, die in erster Linie, z. B. als Inhaber von Gasthäusern, als Gewerbetreibende, Vorteile aus dem Fremdenverkehr ziehen, so geht der Verf. demgegenüber davon aus, daß auch in Zukunft die Kurtaxe ausschließlich von den Kurgästen erhoben werden muß. Er folgt damit der Regelung in Preußen, wo die Einführung einer Kurförderungsabgabe mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten, die einer gerechten Abgrenzung des Kreises der Beitragspflichtigen entgegenstehen würden, unterblieben ist (vgl. Nöll-Freund-Surén, KommAbgG., 1931, S. 108). Die weiteren Vorschläge des Verf. beziehen sich auf eine Einschränkung der z. T. recht weitgehenden Befreiungstatbestände und auf ihre Anpassung an berechtigte sozial- und bevölkerungspolitische Forderungen der Jetztzeit. So vertritt der Verf. (S. 53) die Auffassung, daß es zwar aus praktischen Gründen nicht angängig erscheine, ganz allgemein eine Abstufung nach dem Einkommen vorzunehmen, daß es aber doch notwendig sei, für Familien, für Minderbemittelte sowie für auf Anordnung sozialer Anstalten Verschickte die Kurtaxe nicht in voller Höhe zu erheben.

Wie auf allen anderen Gebieten, so wird auch auf dem Gebiet der Kurtaxe eine einheitliche Regelung für das Reich erfolgen. Ob das in einem besonderen „Reichskurortegesetz" geschieht, für dessen Fassung Dr. Lux bestimmte Vorschläge macht, oder im Rahmen des kommenden Reichskommunalabgabengesetzes, ist dabei von nebensächlicher Bedeutung.

Durch die umfassende Darstellung des geltenden Rechts und die Aufstellung von Grundsätzen für eine Neuordnung auf dem zur Erörterung stehenden Spezialgebiet gewinnt die Schrift Bedeutung für weitere Kreise.

RegR. Listemann, Berlin.

Archiv für Funkrecht. Herausgegeben von der Reichsrundfunkkammer. Erscheint am Anfang jeden Monats im Umfang von 2 Bogen. Berlin. Industrieverlag Spaeth & Linde. Preis jährlich 6 RM, Einzelheft 0,50 RM.

Das Archiv für Funkrecht ist das Amtsblatt der Reichsrundfunkkammer. Das Dezemberheft enthält u. a. einen interessanten Überblick über die Tätigkeit der Reichsrundfunkkammer während ihres einjährigen Bestehens von dem Mitglied der Akademie für Deutsches Recht Dr. Bernh. Knust, einen Aufsatz über „die Unpfändbarkeit von Rundfunkgerät nach dem RGes. v. 24. Okt. 1934" (LGR. Dr. Pohle) und einen Beitrag zum „Funk- und Urheberrecht" (RA. Möhring).

Amtliche Hinweise, Texte einschlägiger Gesetze, Entscheidungen der Gerichte zur Unpfändbarkeit der Rundfunkgeräte und Schrifttum runden den Inhalt des dritten Heftes ab. [L.]

Schnellkartei des Reichsrechts. Band 2: Handelsrecht. Köln. Verlag Dr. Otto Schmidt (Hansahaus).

Zu der JW. 1934, 749 besprochenen nie veraltenden Schnellkartei, einer Textsammlung des Reichsrechts, sind für den handelsrechtlichen Karteiband im Laufe des vergangenen Jahres 5 Ergänzungs- und Ersatzlieferungen erschienen, die das praktische und gut bewährte Werk stets auf dem neuesten Stand der Gesetzgebung halten. [L.]

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte

Reichsgericht

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgericht. — † Anmerkung.]

a) Zivilsachen

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser und Huber

1. §§ 157, 242 BGB. Wenn im Febr. 1925 ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber „Rückzahlung des Kapitals und Einlösung der Zinsscheine in Reichswährung, wobei der Dollar nach dem Durchschnitt von Mittelkursen umgerechnet wird", versprechen und in dem Prospekt von „reichsmündelsicherer Goldmarkanleihe auf Dollarbasis, 1 Goldmark = $^{10}/_{42}$ Dollar nordamerikanischer Währung", die Rede war, dann bestehen keine Bedenken gegen eine Auslegung dahin, daß der damalige und nicht ein schwankender, vom Golde gelöster Dollar gemeint war.

Der Streit der Parteien dreht sich darum, welche Bedeutung der Bestimmung der auf den Inhaber ausgestellten Schuldverschreibungen zukommt, daß der verbriefte Betrag Goldmark nach dem Dollar nordamerikanischer Währung zu errechnen sei. Die Parteien gehen an die Beantwortung der Frage in erster Linie von dem rechtlichen Gesichtspunkt der Auslegung der Willenserklärung heran. Ob die Auslegung der Schuldurkunden entsprechend sog. typischen Vertragsbestimmungen (RG. 111, 276[1]); 124, 330[2]); 134, 82[3])) von dem RevG. selbständig vorzunehmen ist, oder ob dieses sich auf die rechtliche Nachprüfung der von dem BG. vorgenommenen Auslegung zu beschränken hat, kann hier wie auch in dem Urt. des erk. Sen. v. 14. Dez. 1933, VI 380/33 (SeuffArch. 88 Nr. 32) dahinstehen. Denn gegen die von dem BG. angenommene Auslegung der Schuldurkunden sind weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Beziehung Bedenken zu erheben.

Zutreffend geht das BG. von der Anwendung des deutschen Rechts aus. Wenn auch das in der Urkunde enthaltene Leistungsversprechen des Ausstellers den Rechtsgrund der Verpflichtung bildet (§ 793 BGB.), so kann die verpflichtende Kraft der Urkunde doch erst wirksam werden, wenn sie in die Hand eines Dritten gelangt. Maßgebend ist auch für die Frage, welches Recht für den Inhalt solcher Verpflichtungen anzuwenden sei, in erster Linie die ausdrücklich oder aus den Umständen zu entnehmende stillschweigende Vereinbarung der Beteiligten (RG. 126, 200, 201[4])). Die Umstände sprechen für die Anwendung deutschen Rechts, insbes. die Ausstellung der in deutscher Sprache ausgestellten und — in erster Linie — am Sitze der Provinzialverwaltung einzulösenden Schuldverschreibungen durch einen preuß. Provinzialverband, der auf ihre Mündelsicherheit besonders hinwies und auf die Unterbringung der Schuldverschreibungen im deutschen Reiche rechnete; nach der Feststellung des BG. war die Anleihe von vornherein nur für den deutschen Inlandsmarkt bestimmt.

Die Rev. vertritt den Standpunkt, daß der Wortlaut der Schuldverschreibungen eindeutig und deshalb einer Auslegung nicht fähig sei. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Gegenstand der Verpflichtung ist nach dem Inhalt der Urkunde mit der nordamerikanischen Währung in Verbindung gebracht, und es ist deshalb im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB. zu ermitteln, welche Bedeutung dieser Verbindung zuzuschreiben ist. Mit Recht geht das BG. von der Auffassung des Verkehrs aus, die nach der Beendigung der Inflation in Deutschland bestand. Unter dem verheerenden Einfluß der Zerrüttung der Währung wollte man auch nach Einführung der Reichsmark die Wertbeständigkeit des verbrieften Schuldbetrages besonders sichern. Das geschah hier durch die Bezeichnung der Schuld als Goldmarkschuld. Man konnte dabei an Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers anknüpfen. Bereits in dem Ges. v. 23. Juni 1923 über wertbeständige Hypotheken wurde die Bestimmung der aus dem Grundstück zu zahlenden Geldsummen nach dem Preis einer bestimmten Menge Feingold zugelassen; die VO. v. 15. Okt. 1923 über die Errichtung der Rentenbank setzte in § 6 Abs. 2 die Goldmark dem Wert von $^1/_{2790}$ kg Feingold gleich; nach § 1 Abs. 2 VO. über Goldbilanzen v. 28. Dez. 1923 galt als Goldmark der Gegenwert von $^{10}/_{42}$ des nordamerikanischen Dollars; nach dem Ges. über die Ausprägung neuer Reichssilbermünzen v. 20. März 1924 wurde als Goldmark i. S. des § 3 der Wert von $^1/_{2790}$ kg Feingold festgesetzt. Das gleiche gilt nach der zur Durchführung des Ges. über wertbeständige Hypotheken erlassenen 5. VO. v. 17. April 1924. Freilich war hierdurch der Begriff der Goldmark als solcher nicht allgemein verbindlich bestimmt; immerhin ist damit ein wichtiges Auslegungsmittel für Willenserklärungen gegeben, die Goldmarkverpflichtungen zum Gegenstande haben. Hierfür kommt weiter der Inhalt des von dem Bekl. ausgegebenen Prospekts in Betracht. Die grundsätzliche Bedeutsamkeit des Prospekts geht daraus hervor, daß er nach § 38 BörsenG. i. d. Fass. v. 27. Mai 1908 vor der Einführung des Wertpapiers an der Börse zu veröffentlichen ist und die für die Beurteilung des einzuführenden Wertpapiers wesentlichen Angaben enthalten muß. Der Prospekt ist also für die Öffentlichkeit bestimmt und ein wichtiges Auslegungsmittel dafür, wie der Inhalt der in der Urkunde verbrieften Verbindlichkeit im Verkehr zu verstehen ist. Der Prospekt ist nun im vorl. Fall überschrieben: — 8% reichsmündelsichere Goldmarkanleihe auf Dollarbasis der Provinz Hannover, Ausgabe 1925. — Der Angabe der Stückelung der Anleihe in bestimmte Beträge Goldmark ist der Vermerk beigefügt: 1 Goldmark = $^{10}/_{42}$ Dollar nordamerikanischer Währung. Insoweit nähert sich der Tatbestand dem Sachverhalt, der der erwähnten Entsch. des erk. Sen. v. 14. Dez. 1933 zugrunde lag. Danach ist anzunehmen, daß der durch die Hervorhebung der Goldmark gegebene Hinweis auf die Wertbeständigkeit des geschuldeten Betrages in dem Zusatz über die Errechnung des Betrages nach dem Dollar nordamerikanischer Währung lediglich seine Erläuterung findet. Darin wurde der Gedanke ausgedrückt, daß diese nach damaliger Auffassung einer Erschütterung nicht ausgesetzte Währung als Wertmesser die in deutscher Währung ausgedrückte Schuld zu einer besonders sicheren gestalte und die Schuld nicht unter einen dem entsprechenden Betrag sinken solle. Der Zusatz hat keine andere Bedeutung als die Erläuterung der Goldmark mit $^1/_{2790}$ kg Feingold. Das tritt besonders hervor in der Angabe des Prospekts, daß die Goldmarkanleihe auf Dollarbasis gestellt werde, womit zweifellos die damalige feste Dollargrundlage i. S. der im Prospekt ja auch enthaltenen Gleichung 1 Goldmark = $^{10}/_{42}$ Dollar und nicht ein schwankender, vom Golde gelöster Dollar gemeint war. Wollte man der Errechnung des Schuldbetrages nach dem Dollar eine solche Bedeutung beilegen, wie der Bekl. es tut, so würde die in der Schuldverschreibung hervortretende Betonung der deutschen Währung völlig in den Hintergrund treten; das wäre mit der Auffassung, wie sie im deutschen Verkehr aus der Urkunde ent-

[1]) JW. 1926, 1451.
[2]) JW. 1930, 3625.
[3]) JW. 1932, 175.
[4]) JW. 1930, 2209.

kommen werden mußte, nicht vereinbar, und zwar um so weniger, als in den Anleihebedingungen auf die Rückzahlung des Kapitals und die Einlösung der Zinsscheine in Reichswährung — wenn auch unter Beifügung der Art der „Umrechnung" — noch besonders hingewiesen wird. Insofern braucht nicht einmal darauf Gewicht gelegt zu werden, ob in der Urkunde gerade der Ausdruck Goldmark oder die Bezeichnung Reichsmark gewählt ist (Mügel: JW. 1934, 518). Maßgebend ist der von den Beteiligten gewollte Gesichtspunkt der Begründung einer Goldschuld — nicht einer Geldschuld — und der Umstand, daß sowohl die Zahlung seitens der Erwerber der Schuldverschreibungen in deutscher Reichswährung erfolgt ist als auch die Rückzahlung in dieser Währung erfolgen sollte.

Wesentlich anders war der Sachverhalt, der dem Urt. des erk. Sen. v. 28. Juni 1934, VI 68/34 = RG. 145, 51[5]) zugrunde lag. Dort war die Hingabe eines Darlehns gerade deshalb in englischen Pfund erfolgt und nur deshalb eine lediglich in dieser Währung ausgedrückte Schuld zum Gegenstand des Vertrags gemacht worden, weil der Gläubiger der deutschen Währung nicht traute und sich ausgesprochenermaßen auf diese überhaupt nicht einlassen wolle.

Nach alledem kommt es auf die Hervorhebung der Schuldverschreibungen als mündelsicher in der Urkunde nicht mehr an, und es braucht auf die Regelung, die unter diesem Gesichtspunkt die verbrieften Forderungen gegen eine inländische kommunale Körperschaft in dem Ges. v. 29. Okt. 1927 (RGBl. I, 325) und in dem vom RJM. am 18. Juni 1928 (RGBl. I, 191) veröffentlichten Beschl. des Reichsrats erfahren haben, nicht mehr eingegangen zu werden: Die Rev. war vielmehr zurückzuverweisen.

(U. v. 12. Nov. 1934; VI 370/34. — Celle.) [H.]

2. §§ 249, 286, 287 BGB.; §§ 91, 529 Abs. 4, 710, 717 Abs. 2, 788 ZPO. Knüpft ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 an einen Teilanspruch an, über den schon rechtskräftig entschieden ist, so ist er bei der Bemessung des Streitwerts zu berücksichtigen, weil es sich dann nicht um einen einfachen Prozeßantrag, sondern um eine Widerklage handelt. Aus dem gleichen Grunde kann er in der Berufungsinstanz auch nur gemäß § 529 Abs. 4 geltend gemacht werden. Unter Umständen kann bei der Berechnung des durch Nichtlieferung eines Grundstücks entstandenen Schadens die Berücksichtigung eines Durchschnittswertes geboten erscheinen; so, wenn anzunehmen ist, daß das Grundstück nicht verkauft worden wäre. Unkosten für die Beschaffung einer Vollstreckungssicherheit gehören nicht zu den Prozeßkosten. Ihre Erstattung ist im Klagewege zu fordern und wird mit Recht gefordert, wenn Verzug des Gegners ihre Aufwendung veranlaßt hat.†)

Die Kl. kaufte von der Bekl. am 12. März 1921 ein Teilgrundstück von 1357 qm zum Zweck der Bebauung. Da die Bekl. das Grundstück nicht liefern konnte, trat die Kl. nach Fristsetzung (§ 326 BGB.) vom Vertrag zurück und forderte mit der Klage Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von zusammen 58000 *RM* nebst Zinsen. Im einzelnen berechnet sie als Schaden für den auf dem Grundstück geplanten Hausbau 22960 *RM*, für den Wert des reinen Grundstücks 18998 *RM* und den Rest mit 16042 *RM* für die entgangene Benutzung des Grundstücks und sonstige Schäden.

Das LG. hat zunächst durch Teilurteil v. 18. Nov. 1927 den ersten Schadensteil mit 22960 *RM* nebst Zinsen in vollem Umfang zugesprochen und dies Urt. gegen eine Sicherheit von 24000 *RM* für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Kl. hat nach Beschaffung der Sicherheit die Urteilssumme von der Bekl. eingezogen. Das BG. hat durch Urt. v. 27. Febr. 1931 die Bekl. zur Zahlung von 15000 *RM* nebst Zinsen verurteilt, in Höhe von 7960 *RM* die Klage hinsichtlich des Teilschadens abgewiesen; gleichzeitig hat es die Kl. verurteilt, an die Bekl. 7960 *RM* nebst Zinsen, wie näher angegeben, zu zahlen. Die gegen dieses Urt. eingelegte Rev. ist zurückgewiesen worden.

Von den weiter geforderten 35040 *RM* nebst Zinsen hat das LG. 6500 *RM* mit Zinsen zugebilligt und die Klage im übrigen abgewiesen. Im Berufungsverfahren verlangte die Kl. außer den 6500 *RM* weitere 10000 *RM*. Die Bekl. machte neu geltend, sie habe zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem ersten LGUrt. die Urteilssumme im Wege des Bankkredites sich beschafft. Hierbei habe sie für den später der Kl. abgesprochenen und von ihr am 11. Nov. 1931 zurückbezahlten Betrag von 7960 *RM* für die Zeit seit dem 1. April 1928 bis zum 11. Nov. 1931 an Bankzinsen 1762,12 *RM* über die ihr von der Kl. gewährten Zinsen hinaus aufwenden müssen. Diesen Betrag hat die Bekl. zunächst im Wege der Aufrechnung gefordert, doch widersprach die Kl. der Aufrechnung. In der Schlußverhandlung beantragte die Bekl., gemäß § 717 Abs. 2 ZPO. die Kl. zu verurteilen, an die Bekl. 1762,12 *RM* herauszuzahlen. Das BG. wies diesen Antrag ab und verurteilte die Bekl. bei Neufassung des Urt. im ganzen auf Zahlung von 15485,60 *RM* nebst Zinsen unter Abweisung der weitergehenden Klage. Bei der Revisionseinlegung erklärte die Bekl., sie fechte das Urt. hinsichtlich der 1762,12 *RM* in vollem Umfang und wegen der Urteilssumme in Höhe von 5377,60 *RM* an; in der Begründung der Rev. ist der Antrag gestellt: das angef. Urt. insoweit aufzuheben, als die Bekl. zur Zahlung von mehr als 1845,88 *RM* und Zinsen verurteilt worden ist, und in Höhe des Unterschieds von 13639,72 *RM* und Zinsen die Kl. abzuweisen. In dieser Summe von 13639,72 *RM* sind nach der beigefügten Berechnung jene 1762,12 *RM* enthalten. Die Kl. beantragt in erster Reihe, die Rev. als unzulässig zu verwerfen, weil die Revisionssumme fehle; hilfsweise bittet die Kl., die Rev. zurückzuweisen.

1. Zu Unrecht hält die Kl. die Rev. für unzulässig. Die Forderung der Bekl. auf Zahlung von 1762,12 *RM* knüpft an den Teilanspruch der Kl. an, über welchen das rechtskräftige BU. v. 27. Febr. 1931 befunden hat. Dies Urt. spricht aus, daß die Kl. der Bekl. 7960 *RM* nebst Zinsen zurückzuzahlen habe. Hierzu verlangt die Bekl. den Ersatz eines weiteren Schadens in der angegebenen Höhe von 1762,12 *RM*. Mit der

[5]) JW. 1934, 2330.

Zu 2. Die Entsch. behandelt mehrere, nur teilweise miteinander zusammenhängende, prozessuale und materiellrechtliche Fragen.

I. Die prozessualen Fragen.

1. Wird ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil aufgehoben und abgeändert, so ist der Kl. zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem Bekl. durch die Vollstreckung des Urteils entstanden ist (§ 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO.). Dabei ist es belanglos, ob die Verurteilung ganz oder nur teilweise beseitigt wird.

Dieser Schadensersatzanspruch ist ein materiellrechtlicher Anspruch, dessen Inhalt sich nach bürgerlichem Recht bestimmt, und auf den alle Vorschr. des bürgerlichen wie des Prozeßrechts über die Ansprüche aus unerlaubten Handlungen anwendbar sind (Stein-Jonas, 15. Aufl., § 717 II).

Der Anspruch kann daher durch Klage geltend gemacht werden (RG. 63, 369; 124, 185; JW. 1929, 2151; Stein-Jonas § 717 IV). Er kann aber auch im anhängigen Rechtsstreit geltend gemacht werden (§ 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO.). Im anhängigen Rechtsstreit kann er durch Inzidentantrag und durch Widerklage geltend gemacht werden (RG. 63, 369). Ob der Antrag, den Kl. zum Schadensersatz zu verurteilen, im Einzelfall Widerklage oder Inzidentantrag ist, ist Tatfrage, u. U. also aus den Umständen zu erschließen. Wird er durch Widerklage geltend gemacht, so gelten für die Widerklage die allgemeinen Regeln (Stein-Jonas § 717 III). Die Erhebung der Widerklage ist also nur zuzulassen, wenn der Gegner einwilligt oder das Gericht die Geltendmachung des mit ihr verfolgten Anspruchs in dem anhängigen Verfahren für sachdienlich hält (§ 529 Abs. 4 ZPO.). Der Hinweis auf die Anwendbarkeit dieser Vorschr. auch auf eine Widerklage, die einen Schadensersatzanspruch aus der Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils geltend macht, ist der erste Rechtssatz des besprochenen Urteils.

Mit Recht hat das RG. unter 2 ausgesprochen, die Widerklage sei unzulässig, weil der Kl. nicht eingewilligt hatte, und das BG. sie nicht für sachdienlich erachtet hatte.

2. Ist der Rechtsstreit beendet, so kann der Schadensersatz-

jetzt noch streitigen Klagforderung steht dieser Schadensersatzanspruch der Bekl. in keinem Zusammenhang. Sachlich und verfahrensrechtlich liegt eine selbständige Forderung der Bekl. vor. Bei solcher Streitlage kann aber die Regel, daß ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. bei der Bemessung des Streitwerts dann außer Betracht bleiben müsse, wenn der Schaden durch einfachen Prozeßantrag geltend gemacht wird (RG. 63, 367; 124, 182[1]), keine Anwendung finden. Es bedarf im übrigen an dieser Stelle keiner Erörterung, ob in der Stellung des Antrags gemäß § 717 Abs. 2 ZPO. die Erhebung einer Widerklage gefunden werden kann. Im Fall der Widerklage würden die hier verlangten Kosten als über die Klagforderung hinausgehend, einen besonderen Streitwert bilden, wie in den angeführten Entsch. ausgesprochen ist. Danach erfüllt schon der erste in der Revisionsschrift gestellte Antrag die Revisionssumme, da die RevKl. Abweisung der Klage in Höhe von 5377,60 *RM* und Zahlung von 1762,12 *RM* fordert.

2. Dem BerR. ist darin beizutreten, daß die Bekl. den Anspruch auf Zahlung der 1762,12 *RM* nicht mehr geltend machen kann. Diese Forderung hat ihre rechtliche Grundlage in den Tatsachen, daß die Kl. die Vollstreckung der ihr im ersten landgerichtlichen Urt. zugesprochenen Beträge von 22960 *RM* nebst Zinsen betrieben und die Bekl. zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die fällige Summe gezahlt und für deren Aufbringung nach ihrer Behauptung Bankzinsen aufgewendet hat. Im damaligen Berufungsverfahren hatte die Bekl. beantragt, die Kl. zur Rückzahlung von 26468,06 *RM* nebst Zinsen zu verurteilen. Dem hat das BG. in Höhe von 7960 *RM* und Zinsen entsprochen. Wie schon hervorgehoben ist, steht die nunmehr erhobene Forderung von 1762,12 *RM* nicht im rechtlichen Zusammenhang mit dem noch streitigen Teil der Klagforderung. Durch das Urt. des BG. v. 27. Febr. 1931 ist über den Teilschaden der Kl. rechtskräftig erkannt worden. Damit ist dieser Teilschaden verselbständigt und aus dem Rechtsstreit ausgeschieden. Es fehlt daher insoweit an einem „anhängigen Rechtsstreit" i. S. des § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Aus diesem Grunde ist der Bekl. die Befugnis abzusprechen, ihren weiteren Schaden nach Maßgabe des § 717 Abs. 2 im Wege des Prozeßantrags geltend zu machen. Sie hätte das im früheren Berufungsverfahren tun müssen. Die Bekl. war zwar an sich nicht gehindert, ihre Forderung durch Widerklage zu verfolgen. Indessen hat die RevBekl. unter Beweisangebot behauptet, die Bekl. habe in der Schlußverhandlung vor dem BG. ausdrücklich erklärt, sie erhebe keine Widerklage, und zwar sei dies geschehen, nachdem die Kl. ihre Zustimmung zur Erhebung einer Widerklage verweigert hatte. Einer Beweiserhebung bedarf es indessen nicht. Denn die Erhebung einer Widerklage wäre im Berufungsverfahren nur zulässig gewesen, wenn die Kl. eingewilligt oder der BerR. sie für sachdienlich erklärt hätte (§ 529 Abs. 4 ZPO.). Beides trifft nicht zu. Die Kl. hat nach dem Tatbestand jeder Aufrechnung widersprochen und gebeten, den Antrag aus § 717 ZPO. als verspätet zurückzuweisen. Schon daraus ergibt sich klar der Wille der Kl., der Geltendmachung der Forderung in jeder verfahrensrechtlichen Art, auch durch Widerklage, zu widersprechen. Der BerR. hat auch nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe die Zulassung des Anspruchs nicht für sachdienlich gehalten. Die Rev. ist somit in diesem Punkt unbegründet.

3. Entgegen der Auffassung der Rev. war es nicht unbedingt geboten, für die Bemessung des Grundstückswerts den Zeitpunkt der Schlußverhandlung vor dem BG. zugrunde zu legen. Nach dem festgestellten Sachverhalt wollte die Kl. das auf dem Grundstück zu errichtende Wohnhaus mit ihrer Familie bewohnen. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß die Kl. das Grundstück, wenn es rechtzeitig geliefert wäre, verkauft haben würde, und zwar gerade zu einem ungünstigen Zeitpunkt. Die Rev. macht das auch nicht geltend. Ein Ankauf eines andern Grundstücks durch die Kl. steht nicht in Frage. Unter den gegebenen Umständen ist dem BerR. nicht aus Rechtsgründen entgegenzutreten, wenn er bei der Schadensberechnung einen Durchschnittswert des Grundstücks berücksichtigt (vgl. RG. 141, 259 [262][2]). Hiernach kann unentschieden bleiben, ob sich die Bekl. mit diesem Teil der Klagforderung im Verzug befunden hat, und ob es mit dem Rechtsgedanken des § 287 BGB. und der Billigkeit vereinbar wäre, wenn sie aus ihrem Verzug für sich Vorteile herleiten wollte, indem sie sich auf den inzwischen allgemein gesunkenen Grundstückswert beruft (vgl. RG. 123, 371 [377][3]; JW. 1932, 337[5]).

4. Die Rev. wendet sich dagegen, daß der Kl. die Unkosten für die Beschaffung der Vollstreckungssicherheit mit 1377,60 *RM* zuerkannt seien. Wären diese Aufwendungen als Teil der Prozeßkosten anzusehen, so würden sie, wie der Rev. zuzugeben ist, im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigen (RG. 85, 132[4]) und daneben für einen sachlich-rechtlichen Anspruch kein Raum sein (RG. 66, 186 [199]; 130, 217[5]; 145, 13[6]). Die Frage, ob die Unkosten für die Beschaffung einer Sicherheit zu den Prozeßkosten gehören, ist streitig. In der neueren Rspr. der OLG. wird die Frage überwiegend bejaht (Darmstadt: JW. 1931, 2520[10] mit Nachweisen, auch dort 2379[9]; ferner Braunschweig: JW. 1929, 145[58]; auf

---

anspruch nur noch durch Klage verfolgt werden. Diese Klage kann Widerklage in einem zwischen den Parteien anhängigen Rechtsstreit sein. Waren ursprünglich mehrere Ansprüche erhoben, hatte das LG. durch Teilurteil einem dieser Ansprüche stattgegeben, über die andern aber noch nicht entschieden, hat alsdann das OLG. dies Urteil aufgehoben und ist dies aufhebende Urteil rechtskräftig geworden, dann ist für den Schadensersatzstreit der ursprüngliche Rechtsstreit beendigt.

Beantragt der Bekl. in einem Termin, der zur Verhandlung über die streitig gebliebenen Ansprüche bestimmt ist, den Kl. zum Schadensersatz wegen der Vollstreckung der aufgehobenen Verurteilung zu verurteilen, dann kann er das nicht durch Inzidentantrag, sondern er kann es nur durch Widerklage. Das ist der ebenfalls unter 2 ausgesprochene zweite Rechtssatz des Urteils. Auch gegen dessen Richtigkeit ist nichts einzuwenden.

3 In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche hängt die Zulässigkeit der Rev. vom Wert des Beschwerdegegenstands ab (§ 546 ZPO.).

Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Schadensersatzanspruch bei der Streitwertfeststellung zu berücksichtigen ist, wenn er durch Widerklage geltend gemacht ist (RG. 124, 185 = JW. 1929, 2151). — Umstritten ist, ob der Schadensersatzanspruch bei der Streitwertfeststellung auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er durch Inzidentantrag geltend gemacht ist. Die Frage wird bejaht von Rosenberg (ZPR., 2. Aufl., S. 280) und Hellwig (Lehrb. 3. Bd. S. 53 Anm. 5; System 1. Teil S. 316), verneint von Stein-Jonas (§ 717 Bem. III 1). Das RG. hat die Frage früher verneint, weil durch den Inzidentantrag kein neuer Streitpunkt geschaffen werde, sondern nur eine prozessuale Folge des erstinstanzlichen Urteils beseitigt werde (RG. 9, 412), und weil die RTKomm. (Hahns Materialien Bd. 8 S. 393) von der Auffassung ausgegangen sei, daß die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs in dem anhängigen Rechtsstreit an der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte und den Rechtsmitteln nichts ändere (RG. 63, 367). Diese Gründe überzeugen nicht. Der Antrag, den Kl. zum Schadensersatz zu verurteilen, schafft einen neuen Streitpunkt, nicht nur, wenn er durch Widerklage erhoben wird, sondern auch wenn er Inzidentantrag ist. Durch den Inzidentantrag soll auch nicht nur eine prozessuale Folge des vorinstanzlichen Urteils beseitigt werden, sondern soll die materielle Folge der Vollstreckung dieses Urteils wieder ausgeglichen werden. Auch die Verurteilung auf Grund des Inzidentantrags unterscheidet sich nicht von andern Verurteilungen. Es besteht kein innerer Grund, ihr nicht denselben Einfluß auf den Streitwert einzuräumen wie einer auf Widerklage ergehenden Verurteilung. Die mit Gründen nicht versehene abweichende Meinung der RTKomm. steht dem nicht entgegen. Das RG. läßt denn auch neuestens die Entsch. dahinstehen (RG. 124, 182 = JW. 1929, 2151).

Stellt man sich aber einmal auf den formalistischen Standpunkt des alten Urteils RG. 9, 412, so ist der aus 1. und 2 des jetzt zu besprechenden Urteils zu entnehmende Satz richtig und wichtig: Der Schadensersatzanspruch ist bei der Streitwertermittlung immer zu berücksichtigen, wenn er erstmalig gestellt wurde, als der beigetriebene Klageanspruch schon rechtskräftig abgewiesen war; denn in diesem Fall liegt im Erheben des Schadensersatzanspruchs immer eine Widerklage.

4. Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu

[1]) JW. 1929, 2151. [2]) JW. 1933, 2274. [3]) JW. 1929, 1966. [4]) JW. 1914, 882. [5]) JW. 1931, 311. [6]) JW. 1934, 2467[7].

demselben Standpunkt stehen Förster-Kann, ZPO., 3. Aufl., § 788 Bem. 2a und Baumbach, ZPO., 8. Aufl., § 788 Bem. 2, § 91 Bem. 3; dagegen verneinend Königsberg: JW. 1929, 3323[13] und Stuttgart: JW. 1930, 178[21]; ferner Stein-Jonas, ZPO., § 91 Anm. VI 1, § 788 Note 18; Seuffert-Walsmann, ZPO., 12. Aufl., § 788 Bem. 1b; Busch-Krantz, ZPO., § 788 Bem. 1, § 91 Bem. 2). Nach § 788 ZPO. fallen die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben. Hierzu hat der 4. ZivSen. des RG. unterm 18. März 1897: Gruch. 41, 1183 ausgesprochen, daß die Geldbeträge, welche der Gläubiger behufs Beschaffung der Mittel für eine gemäß § 650 (jetzt § 710) ZPO. zu bestellende Sicherheit aufgewendet hat, zu den Zwangsvollstreckungskosten i. S. des § 697 (jetzt 788) ZPO. nicht gehören. Unmittelbar ist hiermit nur gesagt, daß solche Aufwendungen nicht mit dem Anspruch vollstreckt werden können. In einer Konsulargerichtssache hat jedoch der 7. ZivSen. des RG. durch Beschl. vom 10. Juli 1928 (VII B 12/28) die obige Frage ausdrücklich verneint. Im Kostenfestsetzungsbeschluß war eine Provision von 1669,65 *RM* festgesetzt worden, die der Kl. der C.-Bank dafür gezahlt hatte, daß sie für ihn die behufs Einstellung der Zwangsvollstreckung erforderte Sicherheit von 100000 *RM* durch Bestellung einer Bürgschaft leistete. Die Erstattbarkeit dieses Betrags wurde deshalb verneint, weil er nicht zu den Kosten des Rechtsstreits gerechnet werden könne. Die Beschaffung einer derartigen Sicherheit sei ein Vorgang, der sich außerhalb des eigentlichen Prozeßverfahrens abspiele. Dies würde in gleicher Weise für Zinsen zu gelten haben, die etwa eine Partei für ein Darlehen zu zahlen hätte, das sie behufs Leistung einer Sicherheit in barem Geld aufgenommen hatte. Ob vielleicht ein außerhalb dieses Rechtsstreits zu verfolgender Ersatzanspruch des Kl. gegen die Bekl. wegen Avalprovision besteht, müsse hier dahingestellt bleiben. Hieran ist festzuhalten. Die verfahrensrechtlichen Wirkungen einer Sicherheit treten stets erst mit deren Bestellung ein. Nach § 108 ZPO., wie er seit der VO. v. 13. Febr. 1924 in Geltung ist, kann das Gericht zwar bestimmen, in welcher Art und Höhe eine verfahrensrechtliche Sicherheit zu leisten ist. In erster Reihe hängt es aber von der Vermögenslage und von der Entschließung der Partei ab, ob sie die Sicherheit leisten und wie sie die Mittel dazu aufbringen will. Nirgends ist in der Prozeßordnung vorgesehen, daß das Gericht in die Beschaffung der Sicherheit eingreifen könne, oder daß dem Gegner darauf ein Einfluß eingeräumt werde. Die Erwägung, es entspreche einem praktischen Bedürfnis, daß die Sicherheitsleistung in Gestalt einer Bankbürgschaft zugelassen werde, bedeutet ein Entgegenkommen gegenüber dem, welcher die Sicherheit zu beschaffen hat. Die Erleichterung der Sicherheitsleistung kann dem Gegner Nachteil bringen; jedenfalls läßt sich auf diese Weise nicht begründen, daß der Gegner in seiner Eigenschaft als Kostenschuldner die vermehrten Unkosten für die Beschaffung der Sicherheit tragen müsse. Für die hier streitigen Kosten fehlt die im § 91 ZPO. aufgestellte Voraussetzung, daß sie zur Rechtsverfolgung der Kl. notwendig waren.

Da es sich um ein abgeschlossenes Verfahren handelt, war die Kl. nicht gehindert, die Erstattung der Kosten für die Beschaffung der Sicherheit in diesem Rechtsstreit zu fordern. Der Anspruch ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Es wird wesentlich von dem Zweck der Sicherheit und von den Umständen des Falles abhängen, ob ein Schuldgrund für den Erstattungsanspruch anzuerkennen ist. Hier handelt es sich um eine Sicherheitsleistung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung. Befand sich die Bekl. mit der Erfüllung der Hauptschuld im Verzug, so ist der Anspruch begründet (RG. 130, 317[5]). Denn in diesem Fall war die Kl. berechtigt, den unbegründeten Widerstand der Bekl. gegen ihre Leistungspflicht durch Zwang zu brechen, und diesem Zwang diente auch die Sicherheit. Das BG. sagt nicht ausdrücklich, daß die

---

tragen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.). Dazu gehören nicht Unkosten für die Beschaffung einer Vollstreckungssicherheit (Ziff. 4 des besprochenen Urteils). Dieser Satz war bisher sehr umstritten. Daß er jetzt entgegen der bisher herrschenden Meinung entschieden ist, ist nicht gerade erfreulich. Aber die Entsch. ist haltbar begründet. Wichtiger als die Frage, ob die Entsch. wirklich zutreffend ist, ist die Tatsache, daß das RG. sie getroffen hat und damit ein unfruchtbarer Streit hoffentlich für immer beendigt ist.

II. Die materiellrechtlichen Fragen.

1. Es gibt wenig Aufgaben, die den Tatgerichten so große Schwierigkeiten bereiten wie die Feststellung des durch Entziehung oder Vorenthaltung eines Grundstücks entstandenen Schadens. Oft schieben die Tatgerichte diese Aufgaben an Sachverständige ab. Deren Antworten verhalten sich dann manchmal wie 1:10. Der Grund dieser Schwierigkeit liegt in der seit Jahrhunderten eingerissenen undeutschen, auch sachwidrigen Gleichstellung von Boden und Fahrnis um jeden Preis, auch wo die Ergebnisse noch so seltsam sind. Gegen diese Gleichstellung wendet sich das RG. schon RG. 141, 262 = JW. 1933, 2274. Sinnlos ist schon der gemeinsame Oberbegriff „Sache". Schon sprachlich ist diese Zusammenfassung so verfehlt, daß kein der Rechtssprache unkundiger Volksgenosse auch nur auf den Gedanken kommt, man könne ein Stück Land als „Sache" bezeichnen. Fahrnis und Boden haben weniger gemeinsam als subjektives Recht und Fahrnis. Subjektives Recht und Fahrnis sind vergängliches menschliches Erzeugnis. Boden ist einmalige Gabe Gottes. Der Unterschied von Fahrnis und Boden ist so groß, daß man beide nach ganz verschiedenen Regeln behandeln muß. Das zeigt sich auch im Schadensrecht. Bei Vorenthaltung einer beweglichen Sache ist bester allgemeiner Anhaltspunkt für den Schaden in den meisten Fällen ihr Handelswert, denn gewöhnlich kann man sich eine Ersatzsache kaufen. Boden ist aber grundsätzlich kein vertretbares Gut.

Der durch Vorenthaltung eines Grundstücks verursachte Schaden besteht mindestens in dem Geldbetrag, den man zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatinstanz für das Grundstück erlösen konnte. Richtig ist der Standpunkt des RG. unter 3 des besprochenen Urteils, daß der Grundstückswert im Zeitpunkt der Schlußverhandlung vor dem BG. nicht unbedingt über den Klageanspruch entscheidet. Mit Recht läßt das RG. zu, daß ein Durchschnittswert zugrunde gelegt wird. Dieser Durchschnittswert darf aber nicht unter dem Wert zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung liegen. Das RG. spricht das nicht ausdrücklich aus. Das war auch nicht nötig, weil das OLG. einen über diesem Wert liegenden Durchschnittswert festgesetzt hatte. An sich sind natürlich Werte, die das Grundstück in der Vergangenheit einmal gehabt hat, für die Entsch. über den Schadensersatzanspruch noch bedeutungsloser als der Wert, den das Grundstück zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatinstanz hat. Sie können aber einen Anhaltspunkt dafür abgeben, welchen Wert das Grundstück wahrscheinlich in der Zukunft auf die Dauer haben wird. Treffend hat denn auch das RG. schon früher (RG. 141, 259) gesagt: Auch die Zukunftsentwicklung ist zu berücksichtigen, wenn der Ersatzberechtigte das Grundstück dauernd behalten wollte.

Fordert der Geschädigte mehr als den Wert zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung, so ist zu prüfen, was er mit dem Grundstück gemacht hätte, wenn er es bekommen hätte. Ist der Geschädigte Bodenspekulant, der das Grundstück bald mit Nutzen weiterveräußert hätte, so kann er auch Ersatz des Gewinns verlangen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbes. nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte (§ 252 BGB.), namentlich also Ersatz des bis zum Verkauf mit Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Wertzuwachses. Das ist zwar ein Satz liberalen, kapitalistischen Schadensersatzrechts, der nationalsozialistischem Empfinden scharf widerspricht, rührt aber dennoch nicht derartig an den Bestand des nationalsozialistischen Staats, daß man den Satz als kraftlos geworden ansehen könnte. Wollte der Geschädigte — wie im Urteil — auf dem Grundstück ein Wohnhaus für sich und seine Familie errichten, so hängt sein Schadensersatzanspruch davon ab, was er infolge der Vorenthaltung des Grundstücks getan oder unterlassen hat, wofern dies Verhalten adäquate Schadensfolge ist. Hat der Geschädigte sich ein gleich gut brauchbares Grundstück in gleichwertiger Lage und mit gleichwertiger Beschaffenheit gekauft, so muß der Schadensersatzpflichtige ihm die dafür aufgewendeten Kosten erstatten.

2. Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 286 Abs. 1 BGB.). Leistet der Schuldner auf die nach dem Eintritt der Fälligkeit erhobene Klage des Gläubigers nicht, so kommt er durch die Klage in Verzug (§ 284 Abs. 1 BGB.). Er muß dem Gläubiger deshalb auch alle durch die Klage notwendig gewordenen Auslagen ersetzen. Soweit diese Auslagen nicht Kosten des Rechtsstreits sind, sind sie durch Klage geltend zu machen. Gemäß I 4 gilt das für die Erstattung der Kosten, die dem Gläubiger durch Beschaffung einer Vollstreckungssicherheit entstanden sind (so zu 4 am Ende des besprochenen Urteils).

Dr. B. Hamelbeck, Neuwied.

Bekl. im Verzug gewesen sei, will dies aber nach dem Zusammenhang der Gründe annehmen. Die Höhe der Forderung hat das BG. bei der angegebenen Sachlage einwandfrei festgestellt.
(U. v. 25. Okt. 1934; VI 281/34. — Berlin.) [H.]
<= RG. 145, 296.>

3. §§ 278, 631 ff., 823, 831 BGB.; § 18 Abs. 2 KraftfVerkVO. Wer vertragsmäßig verpflichtet war, einen anderen wohlbehalten an das Fahrtziel zu bringen, ist beweispflichtig dafür, daß ihn kein Verschulden an der Nichterfüllung dieser Verpflichtung trifft. Vorgänge der Art, daß ein Kraftwagen von der Fahrbahn abkommt, gegen einen Baum fährt und in den Straßengraben stürzt, pflegen sich nicht ohne Verschulden des Führers abzuspielen und begründen deshalb den Beweis des ersten Anscheins für ein solches Verschulden. Eine Geschwindigkeit von 25 bis 30 Stundenkilometern beim Überholen eines Pferdefuhrwerks war für ein Kraftfahrzeug zu groß, wenn es nicht gelungen ist, das Fahrzeug vor dem Abkommen von der Fahrbahn usw. zum Stehen zu bringen. Ein Unzufriedenheit ausdrückender Zuruf des Dienstherrn an den lenkenden Angestellten im Augenblick einer Gefahr kann schuldhafte Erhöhung der Gefahr bedeuten. †)

Am 19. Okt. 1928 fuhr der Kl., welcher bis zum 15. Sept. 1928 in Diensten des Bekl. gestanden hatte, zusammen mit dem Bekl. in dessen von dem Fahrer W., dem Angestellten des Bekl., gesteuerten Kraftwagen. Als der Kraftwagen ein Pferdefuhrwerk überholte, geriet er auf der nassen Chaussee ins Rutschen, stieß gegen einen Baum und stürzte in den Straßengraben. Hierbei wurde der Kl. erheblich verletzt.

Seine Schadensklage wurde vom LG. und BG. abgewiesen. RG. hob auf und verwies zurück.

Das angef. Urt. ist rechtlich verfehlt, und zwar hauptsächlich deshalb, weil der BerR. die Beweislast verkannt hat.

1. Das Urt. bezeichnet es als „durchaus denkbar", daß der Kl. die Fahrt infolge irgendeiner vertraglichen Bindung mitgemacht hat. Demnach muß für die RevInst. davon ausgegangen werden, daß der Bekl. vertragsmäßig die Beförderung des Kl. in seinem Kraftwagen übernommen hatte, sei es, daß diese Beförderung den alleinigen Vertragsgegenstand (Werkvertrag), sei es, daß sie den wenn auch nur stillschweigend bedungenen Gegenstand einer Nebenverpflichtung des Bekl. bildete. Trotzdem legt der Vorderrichter dem Kl. die Beweislast dafür auf, daß den Bekl. oder den W. ein ursächliches Verschulden an dem Unfall treffe. Das ist rechtsirrig. Denn war der Bekl. vertragsmäßig verpflichtet, den Kl. wohlbehalten an das Fahrtziel zu bringen, so ist er beweispflichtig dafür, daß ihn kein Verschulden an der Nichterfüllung dieser Verpflichtung trifft, wie das RG. in ständiger Rspr. anerkannt hat (WarnRspr. 1932 Nr. 72 nebst Nachweisen; RGUrt. v. 9. Febr. 1931, VI 380/30 und vom 25. Jan. 1934, VI 387/33). Gelingt ihm dieser Beweis nicht (vgl. bezüglich des Erfüllungsgehilfen W. § 278 BGB. ohne die Möglichkeit des Entlastungsbeweises gem. § 831 das.), so haftet der Bekl. dem Kl. für dessen vermögensrechtlichen Schaden. Ersatz des nichtvermögensrechtlichen Schadens (§ 847 BGB.) freilich kann der Kl. nur aus dem Gesichtspunkt unerlaubter Handlung (§§ 823, 831 BGB.) fordern.

2. Fehlt es an einer vertraglichen Beziehung der Parteien der vorbezeichneten Art, liegt insbes. eine Gefälligkeitsfahrt vor, so ist zwar an sich der Kl. beweispflichtig dafür, daß dem Bekl. ein für den Unfall ursächliches Verschulden trifft oder das — wenn auch nicht schuldhafte — Verhalten des Angestellten W. eine der Ursachen für den Schaden des Kl. gesetzt hat. Aber das BG. hat übersehen, daß je nach Umständen dem Geschädigten die Grundsätze vom Beweise des ersten Anscheins zu Hilfe kommen, in Fällen dieser Art aber eine Umkehrung der Beweislast eintritt (RG. 131, 354[1]) nebst Nachweisen).

a) Was W. anlangt, so ist unstreitig, daß der Kraftwagen von der Fahrbahn abgekommen, gegen einen Baum gestoßen und in den Straßengraben gestürzt ist. Vorgänge dieser Art pflegen sich nach der Lebenserfahrung nicht ohne Verschulden des Führers abzuspielen (WarnRspr. 1932

Zu 3. Das vorl. Urteil ist für mich das typische Beispiel einer Rspr., die den Erfordernissen des modernen Verkehrs nicht genügend Verständnis entgegenbringt. Die Einstellung, unter allen Umständen einen Haftungsgrund gegen den Kraftfahrer zu konstruieren, hat ja derart um sich gegriffen, daß selbst die Beseitigung der Gefährdungshaftung auf Grund des KraftfG. nicht zu einer doch so dringend notwendigen Ermäßigung der Haftpflichtversicherungsprämien führen würde, weil die Rspr. in den meisten Fällen eine Haftung des Kraftfahrers auf Grund der Vorschr. des BGB. bejaht. Dies betont Min.Dir. Dr. Brandenburg in seinem Vortrage v. 29. Okt. 1934, in dem er auch mit Recht von einer Überspannung der Sorgfaltspflicht spricht (s. DAutoR. 1934, 187). Ist denn das KraftfG. mit seiner Gefährdungshaftung ohne jeden Grund geschaffen? Wenn ich mich hinter das Steuer meines Wagens setze, geschweige denn, wenn ich in einem andern Wagen mitgenommen werde, so weiß ich, daß ich mich unvorhersehbaren Gefahren aussetze, die nun einmal mit dem Kraftfahrverkehr verbunden sind. Dagegen schütze ich mich durch die Unfallversicherung. Warum sollen das nicht auch die andern tun? Es tritt ja nicht einmal eine Erhöhung der Unfallprämie ein, wenn man nur gelegentlich mitfährt und nicht selbst steuert. Das RG. hat es ja sogar für zulässig erklärt, daß die viel weitergehende Haftung auf Grund des LuftverkG. durch Vereinbarung ausgeschlossen wird, sofern eine Unfallversicherung genommen wird (anders die neueren Vorschr. für den internationalen Luftverkehr auf Grund des Warschauer Abkommens). Wäre es nicht richtiger, daß von jedem, der sich im Verkehr bewegt und insbes. Kraftfahrzeuge benutzt, der Abschluß einer Unfallversicherung verlangt wird, als daß krampfhaft nach einem Haftungsgrund gegen einen Dritten gesucht wird, wodurch das Verantwortungsgefühl des einzelnen unterbunden und der Verkehr in unnatürliche Fesseln gelegt wird?

Zu dem obigen Urteil habe ich folgendes zu bemerken:

Zu 1. Nicht nur bei einem auf Beförderung gerichteten Werkvertrag, sondern auch dann, wenn die Beförderung den auch nur stillschweigend bedungenen Gegenstand einer Nebenverpflichtung bildete, soll die vertragsmäßige Verpflichtung bestehen, den Beförderten wohlbehalten an das Fahrziel zu bringen. Wird der Beförderte verletzt, so soll nach ständiger Rspr. des RG. der andere beweispflichtig dafür sein, daß ihn und seinen Erfüllungsgehilfen kein Verschulden an der Nichterfüllung dieser Verpflichtung trifft.

Eine derartige ständige Rspr. des RG. muß ich schon für den reinen Beförderungsvertrag, geschweige denn für eine nur stillschweigend bedungene Nebenverpflichtung bestreiten. Ich verweise diesbezüglich auf die Entsch. des 1. Sen. in RG. 124, 51 = JW. 1929, 2052 f. Wenn jetzt der 6. Sen. seine abweichende Auffassung erneut als ständige Rspr. des RG. hinstellt, so ist dies um so verwunderlicher, als OblGR. Dr. Bezold dies bereits in seiner Anm. zu dem Urt. v. 9. Juni 1932 mit durchaus zutreffender Begr. widerlegt hat. Ich verweise auf JW. 1932, 3704 ff. Oder soll der Hinweis auf die Entsch. des 6. Sen. bei WarnRspr. 32 Nr. 72 die Rechtfertigung enthalten? Dort glaubt nämlich der 6. Sen. sich auf § 282 BGB. berufen zu können. Tatsächlich wird diese Konstruktion versucht. Ich verweise auf die Anm. von Leo: JW. 1930, 1942 f. Eine Widerlegung würde zu weit führen. Jedenfalls kann man doch nicht von einer ständigen Rspr. des RG. sprechen.

Zu 2. Die Lage des Kraftfahrers wird aber nach der Einstellung des 6. Sen. keinesfalls rosiger, wenn es sich um eine Gefälligkeitsfahrt handelt; denn dann sollen dem Geschädigten die Grundsätze vom Beweise des ersten Anscheines zu Hilfe kommen, und es soll eine Umkehrung der Beweislast eintreten. Demgegenüber verweise ich auf JW. 1932, 1736 ff.; JW. 1934, 1046 f. und die Bemerkung von Dr. Matzke unter II. Aber auch mit JW. 1932, 107 ff. und der Anm. von Levis hätte sich der 6. Sen. auseinandersetzen müssen, insbes. inwieweit hier von einem typischen Geschehensablauf gesprochen werden könnte.

So kommt denn der 6. Sen. zu dem Ergebnis, daß auf den Insassen kraft ausdrücklicher Best. des § 8 das KraftfG. zwar keine Anwendung findet, daß aber der Insasse praktisch in der gleichen Weise geschützt werden muß. Oder worin soll sich die in § 18 KraftfG. ausgesprochene Haftung von der auf Grund der Konstruktion des 6. Sen. unterscheiden?

Noch deutlicher wird dies durch die weiteren Ausführungen zu a). Wenn ein Wagen von der Fahrbahn abkommt, gegen einen Baum stößt und in den Straßengraben stürzt, so pflegt dies sich nach den

[1]) JW. 1934, 2478.

Nr. 72). Es kommt hinzu, daß nach den Feststellungen des angef. Urt. W. ein alter erprobter Führer war und der vom Kl. benutzte Wagen vorzügliche Fahreigenschaften besaß. Ferner aber hat W., indem er bei dem Überholen des Pferdefuhrwerks trotz der regennassen Straße eine Fahrtgeschwindigkeit von 25 bis 30 Stundenkilometern innegehalten hat, entgegen der Ansicht des BG. gegen § 18 Abs. 2 KraftfVerkVO. i. d. Fass. v. 16. März 1928 (RGBl. I, 91) verstoßen. Denn es ist ihm nicht möglich gewesen, das Fahrzeug auf kürzeste Entfernung zum Stehen zu bringen. Bei solcher Sachlage hat der Kl. nichts weiter zu beweisen. Es muß vielmehr dem Bekl. überlassen bleiben, den Nachweis zu führen, daß die Fahrweise des W. für den Unfall nicht ursächlich war. Auf ein Verschulden des W. würde es für die Anwendung des § 831 BGB. nicht einmal ankommen. Von seiner Haftung für das Verhalten des W. aus § 831 würde der Bekl. allerdings freikommen, wenn er den von ihm angebotenen, aber bisher nicht erhobenen Entlastungsbeweis führt.

b) Was den Bekl. selbst betrifft, so verneint in erster Linie das BG., daß der Zuruf des Bekl. an W.: „Was machen Sie denn", dem Bekl. als Verschulden anzurechnen sei. Diese Beurteilung ist rechtlich nicht unbedenklich. Es wird darauf ankommen, ob nicht unter den gegebenen Umständen nach bekannten Erfahrungen der Bekl. als Wageninsasse sich der Einmischung in die Steuerung des Wagens durch den Führer und jeder Ablenkung seiner Aufmerksamkeit zu enthalten hatte, um nicht die Gefahr der Herbeiführung eines Unfalls zu vergrößern. Ferner verneint der Vorderrichter die Ursächlichkeit des Zurufs für den Unfall, obwohl W., falls seine Angabe zutrifft, infolge des unerwarteten Anrufs zusammengezuckt ist und mit dem Kopf eine Bewegung nach hinten gemacht hat. Diese Ansicht des BG. beruht im wesentlichen auf tatsächlicher Würdigung. Der Vorderrichter wird jedoch Gelegenheit haben, die Frage der Ursächlichkeit auf Grund der erneuten Verhandlung nochmals zu prüfen. Insbes. wird zu erörtern sein, ob es auch dann zu einem Unfall in solchem Ausmaß gekommen wäre, wenn der Bekl. von dem Zuruf an W. abgestanden sein würde.

(U. v. 1. Nov. 1934; VI 350/34. — Breslau.) [H.]

4. § 823 BGB.; § 18 Abs. 2 KraftfVerkVO. Wenn man gemäß der Meinung Sachverständiger davon auszugehen haben sollte, daß bei Glatteis eine Herabsetzung der Geschwindigkeit unter 30 Stundenkilometer den Nachteil bietet, daß sie ein häufigeres Schleudern herbeiführt, bleibt andererseits zu prüfen, ob nicht der bei geringerer Geschwindigkeit gebotene Vorteil, das Kraftfahrzeug gemäß § 18 Abs. 2 auf kürzeste Entfernung zum Stehen bringen und damit die Heftigkeit eines Anpralles mindern zu können, doch ein Fahren in Schrittgeschwindigkeit gebietet, und ferner, ob nicht die Verwendung eines Gleitschutzmittels, etwa um den Reifen geschlungener Stricke oder Ketten, geboten erscheint.†)

(U. v. 8. Nov. 1934; VI 289/34. — Stettin.) [H.]

Lebenserfahrungen nicht ohne Verschulden des Führers abzuspielen. Ist das wirklich richtig? Dabei stellt das RG. nicht nur die vorzüglichen Fahreigenschaften des Wagens fest, sondern auch, daß am Steuer ein alter erprobter Führer gesessen hat. Glaubt denn das RG. wirklich, daß ein alter erprobter Fahrer so ohne weiteres sein Leben riskiert? Sollte es nicht auch noch eine Betriebsgefahr geben, um derentwillen die verschärfte Haftung auf Grund des KraftfG. angeordnet wurde?

Der 6. Sen. hat aber auch Anlaß, dem Fahrer einen Verstoß gegen § 18 Abs. 2 VO. vorzuwerfen; denn dieser hat es gewagt, bei regennasser Straße ein Fuhrwerk mit 25—30 km zu überholen. Also fahren wir nächstens bei Regenwetter nur noch mit 15 km, und dies zu einer Zeit, wo mit allen Mitteln eine Steigerung des Kraftfahrverkehrs angestrebt wird! Außerdem soll einmal ein Fahrer seinen Wagen, der ins Schwimmen gekommen ist, auf kürzeste Entfernung zum Stehen bringen, wo Bremsen in dieser Situation der größte Fehler wäre.

Zu b macht das RG. dann noch interessante Ausführungen zur Frage des Verschuldens des Fahrzeughalters. Bei dem Abrutschen des Wagens soll er dem Fahrer zugerufen haben: „Was machen Sie denn!" In einer derartigen Situation wird jeder Insasse und selbst der Fahrer je nach seinem Temperament einen Ausruf des Schreckens, des Ärgers usw. ausstoßen. Das ist aber doch kein Verschulden. Der Fahrer, der die Gefahr erkannt hat, läßt sich auch nicht dadurch beeinflussen.

RA. M. Gruhn, Köln.

Zu 4. Das RG. stellt seine Entsch. auf zwei Fragen ab:

1. Ob die Geschwindigkeit von 30 km, die das OLG. auf Grund der Gutachten der Sachverständigen als ordnungsmäßig gebilligt hat, der Vorschrift des § 18 Abs. 2 KraftfVerkVO. v. 10. Mai 1932 tatsächlich auch genügt. Nach dieser Vorschrift darf, wenn die Beschaffenheit des Weges hierzu zwingt, nur so langsam gefahren werden, daß das Fahrzeug auf kürzeste Entfernung zum Stehen gebracht werden kann. Die Rspr. ist sich dabei darüber klar, daß gemäß dieser Vorschrift zunächst einmal ein Langsamfahren erforderlich ist, ganz unabhängig von der technischen Beschaffenheit des Fahrzeuges oder auch, wie vorliegend, von der Beschaffenheit der Straße (vgl. BayObLGSt. 9, 322 ff.; desgl. RKraftf. 29, 76/77; RG.: JW. 1928, 2325/26; OLG. Celle: GoltdArch. 70, 312/15). Daß nun eine Geschwindigkeit von 30 km, die schon auf normalen Straßen einen Bremsweg von etwa 6—8 m bedingt, nicht ein solches Langsamfahren bedeutet, braucht nicht weiter hervorgehoben zu werden, ist aber auch von der Rspr. wiederholt bestätigt worden, die in solchem Falle eine Geschwindigkeit von etwa 15 km gefordert hat (vgl. BayObLGSt. 10, 238 ff.; RG.: RKraftf. 27, 103; 28, 60; JW. 1928, 1748/49; RKraftf. 28, 48 u. 66; LZ. 28, 632 u. 841; ferner BayObLGSt. 28, 285; RG.: VR. 29, 209 u. a.). Mit Recht hebt daher das RG. hervor, daß bei einer wesentlich unter 30 km liegenden Geschwindigkeit ein Unfall möglicherweise nicht eingetreten wäre; denn, wie oben schon erwähnt, bedingt eine Geschwindigkeit von 30 km einen Bremsweg von etwa 6—8 m, während die Rspr. unter einer „kürzesten Entfernung" i. S. der obigen Vorschrift immer wieder eine Entfernung von nur etwa 2—3 m gefordert hat (vgl. KG.: DJZ. 1909, 325; OLG. Frankfurt: RKraftf. 29, 76; BayObLG.: DRZ. 1927, 295; desgl. RKraftf. 29, 76/77; OLG. Stuttgart: RKraftf. 29, 255 u. a.). Daß nun auch glatte und vereiste Straßen unter den § 18 Abs. 2 fallen, kann füglich nicht bezweifelt werden (vgl. OLG. Frankfurt: EgersEntsch. 45, 430; RG.: JW. 1928, 1748; LZ. 28, 632; OLG. Dresden: RKraftf. 28, 182; RG.: JRP. 31, 54; JW. 1933, 852 und JRP. 33, 42); denn die Gefahr derartiger Straßen liegt ja gerade darin, daß ein Kraftfahrzeug, wenn es ins Schleudern gerät, vollkommen aus dem Willensbereich des Lenkers gerät. Daß aber auf regennassen oder vereisten Straßen jederzeit mit der Gefahr des Schleuderns zu rechnen ist, insbes. beim Bremsen, ist selbstverständlich (vgl. BayObLG.: JW. 1927, 1386; RG. JRP. 29, 380; OLG. Dresden: RKraftf. 31, 336 u. a). Es kommt also, im ganzen betrachtet, entscheidend darauf an, mit welcher Geschwindigkeit der Kraftwagenführer fährt, und daß dabei in Anbetracht eines künftigen Zusammenstoßes, mit dem der Kraftwagenführer eben bei vereisten Straßen unausgesetzt rechnen muß, die Geschwindigkeit so niedrig wie möglich zu halten ist. Daß jedenfalls eine Geschwindigkeit von 30 km noch zu hoch ist, ist selbstverständlich.

Demgegenüber spielt es gar keine Rolle, wie das RG. mit Recht ausführt, ob die Sachverständigen gerade bei einer Geschwindigkeit von 30 km die Schleudergefahr für am geringsten erachten. Die Sachverständigen und das OLG. haben dabei übersehen, worauf das RG. mit Recht hinweist, daß eine solche Geschwindigkeit eben die Gefahr einer solchen körperlichen Verletzung ungleich näher erscheinen läßt als eine geringere Geschwindigkeit, selbst wenn diese vielleicht noch mehr das Kraftfahrzeug zum Schleudern kommen läßt.

Es sei bemerkt, daß die obigen Entsch. ihren Sinn nicht etwa verloren haben durch die neue RStraßVerkO., die ja den dem bisherigen § 18 Abs. 2 zugrunde liegenden Rechtsgedanken in der Generalklausel des § 25 wiederholt und neu gefaßt hat. Dementsprechend sagt ja auch die Ausführungsanweisung zu § 25 unter II 2: „Die Geschwindigkeit ist so einzurichten, daß nötigenfalls rechtzeitig angehalten werden kann." In diesen Ausdrücken „nötigenfalls" und „rechtzeitig" liegen alle die Gesichtspunkte begründet, die die bisherige Rspr. geleitet haben.

2. Schließlich hat das RG. auch noch die Frage erwogen, ob es für den Bekl. unter den konkreten Umständen des Falles nicht besser gewesen wäre, Schneeketten anzulegen.

Das Anlegen von Schneeketten bei vereisten Straßen war in der Rspr. längere Zeit bestritten unter Hinblick auf § 3 Abs. 2 der VO., wo es hieß: „Die Radreifen dürfen keine Unebenheiten besitzen, die geeignet sind, die Fahrbahn zu beschädigen." Tatsächlich hatte sich aber unter stillschweigender Billigung der Polizei und auch mit Recht der Brauch entwickelt, bei vereisten Straßen Schneeketten

**5. §§ 3 Nr. 1, 7 AnfG. Weil eine Sicherungsübereignung nicht das endgültige Ausscheiden der übereigneten Gegenstände aus dem Vermögen des übereignenden bewirkt, die Gegenstände vielmehr materiell und wirtschaftlich noch als zu seinem Vermögen gehörig angesehen werden, greift die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung gegen den Empfänger der anfechtbaren Leistung durch, der zwar den Gegenstand der Leistung zur Sicherung übereignet hatte, aber mit dem Wegfall des Zweckes der Übereignung die freie Verfügung über die Gegenstände wiedererlangt hat.†)

Die Bekl. haben im Juni 1932 bei ihrem Schuldner eine Reihe von Möbelstücken gepfändet. Gestützt auf die Urkunden v. 13. April 1931 und 6. Juli 1932 begehrt der Kl. die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung und die Auszahlung des Erlöses der Pfandstücke an ihn, während die Bekl. widerklagend den Erlös für sich beanspruchen.

Unstreitig unter den Parteien ist folgendes:

Die Eheleute S. haben vor Eingehung der Ehe 1897 einen Ehevertrag geschlossen, wonach nur eine auf die Errungenschaft beschränkte Gütergemeinschaft stattfinden sollte, wie solche im Bezirke des OLG. Köln galt. Gleichzeitig wurde das beiderseitige Vermögen festgestellt; die Ehefrau besaß außer 25000 ℳ bar noch eine Aussteuer im Werte von rund 11200 ℳ. Am 18. Okt. 1930 haben die Eheleute S. durch notariellen Vertrag „das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Ehemannes ausgeschlossen, so daß Gütertrennung ohne Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes besteht". Gleichzeitig hat der Ehemann anerkannt, von seiner Frau bei Eingehung der Ehe 45000 ℳ in bar erhalten zu haben, die mit Zinsen auf 100000 ℳ angewachsen und auf 100000 ℛℳ aufzuwerten seien. Diese Forderung haben die Eheleute in eine Darlehnsforderung der Ehefrau in gleicher Höhe umgewandelt. Zur Sicherheit für die Forderung übereignete der Ehemann eine Reihe im Vertrag bezeichneter Gegenstände, vornehmlich Möbel, im Gesamtwert von 22650 ℛℳ an seine Ehefrau, indem er ausdrücklich versicherte, sie seien sein freies, von keinem Recht Dritter belastetes Eigentum. Die ihr durch den Vertrag v. 18. Okt. 1930 übereigneten Gegenstände übereignete Frau S. mit dem Vertrag vom 13. April 1931 an eine Bank zur Sicherung eines Kredits, den die Bank einer von ihrem Manne betriebenen Firma eingeräumt hatte. Durch das Abkommen v. 6. Juli 1932 hat die Bank einen Teilbetrag ihrer Forderung aus der Kreditgewährung in Höhe von 17382 ℛℳ an den Kl. abgetreten und gleichzeitig unter Zustimmung der Eheleute S. die ihr bestellten Sicherheiten, darunter sämtliche in den Verträgen v. 18. Okt. 1930 und 13. April 1931 genannten Gegenstände, auf den Kl. übertragen. Dieser hatte am 29. Dez. 1931 dem Ehemann S. ein Darlehn von 3000 ℛℳ gegeben, für das Frau S. am 11. April 1932 die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hatte. Frau S. übergab dem Kl. 16000 ℛℳ — aus welchen Mitteln ist streitig — mit der Vereinbarung, daß er hierfür die Forderungen der Bank gegen ihren Ehemann nebst den Sicherheiten als Treuhänder für sie und zugleich zur Sicherstellung seines eigenen Anspruchs aus der Darlehnsgewährung erwerben sollte; falls es dem Kl. gelänge, die Forderung für einen geringeren Betrag als 16000 ℛℳ zu erwerben, sollte der Unterschied zur Tilgung seiner Forderung aus dem Darlehn dienen.

Der Kl. behauptet, für den Erwerb der Bankforderung habe er außer den 16000 ℛℳ noch 700 ℛℳ aus seinem Vermögen aufwenden müssen. Hierfür und für den Darlehnsrest von 1500 ℛℳ hafteten ihm, abgesehen von seiner Treuhänderstellung für Frau S., die Gegenstände auch zu seiner Sicherung.

Die Bekl. halten die Pfandstücke für Eigentum des Schuldners S. gemäß seiner im Abkommen v. 18. Okt. 1930 abgegebenen Erklärung. Die Übereignung halten sie als Scheingeschäft und als sittenwidrig für nichtig und fechten sie wegen Gläubigerbenachteiligung an. Ebenso fechten sie den Rechtserwerb des Kl. auf Grund des Abkommens v. 6. Juli 1932 wegen Gläubigerbenachteiligung an. Schließlich stützen sie sich noch auf §§ 823, 826 BGB. i. Verb. m. § 288 StGB.

Das LG. hat unter Abweisung der Klage der Widerklage stattgegeben. Das BG. hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen.

Frau S. ist sodann als Nebenintervenientin dem Kl. beigetreten und hat für ihn Rev. eingelegt. Sie macht geltend,

---

anzulegen, als die einzige Möglichkeit, dem Schleudern eines Kraftfahrzeuges wenigstens in etwas zu begegnen, und die Rspr. hatte auch dementsprechend dies für zulässig erklärt, wenn größere Gefahren dadurch vermieden werden sollten (vgl. OLG. Frankfurt: JW. 1923, 529, gebilligt von Isaac: JW. 1923, 529; anders BayObLG.: DRZ. 1929, 33/34). Diese Rechtsfrage ist aber durch die RStraßVerkO. und die dazu ergangene Ausführungsanweisung überholt, denn in der Ausführungsanweisung v. 29. Sept. 1934 heißt es zu § 6 Abs. 1: „Schneeketten müssen sich leicht auflegen und leicht abnehmen lassen usw." Die RStraßVerkO. geht also davon aus, daß Schneeketten an sich zulässig sind, und demgemäß muß es als selbstverständlich angesehen werden, daß der Kraftwagenfahrer in konkretem Falle davon auch Gebrauch macht.

Die Entscheidung ist demgemäß auch insoweit zu billigen.

RA. Dr. Arndt, Düsseldorf.

Zu 5. Das Urteil des RG. ist zu billigen. Es handelt sich hier um eine Kette von Treuhandgeschäften, die keinen anderen Zweck haben, als das letzte große Aktivum des Ehemannes S. dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Mit Recht sieht daher das BG. und mit ihm das RG. die im Vertrag v. 18. Okt. 1930 enthaltene Sicherungsübereignung nach § 3 Nr. 1 AnfG. für anfechtbar an. Da aber die Sachen weiterübereignet wurden, so ist damit dem Gläubiger noch nicht geholfen. Der Vertrag zwischen der Ehefrau S. und der Bank kann, wie es BG. und RevG. taten, unerörtert bleiben. Richtig ist, daß die Bank, nachdem ihre Kreditforderung an den Ehemann von M. beglichen worden war — die juristische Form dürfte belanglos sein —, obl. verpflichtet gewesen wäre, der Ehefrau S. die fiduziarisch übereigneten Gegenstände rückzuübereignen. Kraft Gesetzes gehen die sicherungshalber übereigneten Gegenstände bei Abtretung der gesicherten Forderung auf den neuen Gläubiger nicht über. § 401 BGB. gilt hier nicht. Ob eine obl. Verpflichtung des alten Gläubigers auf Weiterübertragung der sicherungshalber übertragenen Gegenstände besteht, ist bestritten und kann hier dahingestellt bleiben. Beizupflichten ist ferner dem RG. — im Gegensatz zum BG. —, daß der Vertrag zwischen der Bank und dem Kl. der Anfechtung entzogen ist. Zu diesem Zwecke wäre es notwendig, daß die Bank der Schuldner des Anfechtungskl. wäre, daß es sich um eine Rechtshandlung des Schuldners handelte. Auch von einer Rechtsnachfolge i. S. des § 11 Abs. 1 oder 2 AnfG. kann keine Rede sein, weder ist die Bank Rechtsnachfolgerin der Ehefrau S. noch Kl. Rechtsnachfolger der Bank i. S. dieses Paragraphen. Es ist daher auch zunächst für den ersten Fall belanglos, ob der Kl. bei Abschluß des Vertrages vom 6. Juli 1932 gewußt hat, daß die ihm übereigneten Gegenstände bereits gepfändet sind, und daß seine Einschaltung bezweckte, diese Gegenstände dem Zugriff des bekl. Gläubigers zu entziehen. Unrichtig ist auch, wie das BG. annimmt, daß eine Übertragung des Eigentums an den sicherungshalber der Bank übereigneten Gegenständen auf den Kl. seitens der Bank nur „unter Zuziehung der Eheleute S." möglich gewesen wäre. Dies beruht auf einer Vermischung von Innen- und Außenverhältnis. Der Treunehmer ist im Außenverhältnis Eigentümer und kann daher auch rechtsgültig einem Dritten sein Sicherungseigentum übereignen. Daß er sich dadurch eventuell seinem Fiduzianten obligatorisch schadensersatzpflichtig macht, hindert nicht den dinglichen Erwerb eines Dritten.

Gegenüber der irrigen Annahme des BG., daß der Vertrag vom 6. Juli 1932 Bank—Kl. selbst anfechtbar sei, geht das RG. im ersten Fall (Forderung von 16000 ℛℳ—Kl.-Treuhänder der Ehefrau S.) mit Recht davon aus, daß der anfechtbare Erwerb der Gegenstände durch die anfechtbare Rechtshandlung v. 18. Okt. 1930 den Charakter der Anfechtbarkeit durch die Verträge v. 13. April 1931 (Ehefrau—Bank) und v. 6. Juli 1932 (Bank—Kl.) nicht verloren habe, sowie daß die Ehefrau Empfängerin i. S. des § 7 AnfG. geblieben sei.

Das RG. stellt dabei den Grundsatz auf, daß bei der Sicherungsübereignung im allgemeinen und den hier in Frage stehenden lediglich auf Zurücksetzung der Gläubiger des S. abzielenden Geschäften im speziellen keine formaljuristische, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise durchgreifen müsse. Wenn auch diese Formulierung nicht ganz bedenkenfrei ist und in dieser allgemeinen Form

der Kl. habe überwiegend als Treuhänder in ihrem Auftrag die Rechte aus dem Vertrage v. 6. Juli 1932 erworben. Sie habe daher ein rechtliches Interesse an seinem Obsiegen im Prozesse. Auch würde sie je nach Ausfall des Rechtsstreites Regreßansprüche auf Schadloshaltung vom Kl. erworben haben.

Die Rev. wurde zurückgewiesen.

I. Die Zulässigkeit der Nebenintervention unterliegt keinem Bedenken. Es mag dahingestellt bleiben, ob im Hinblick auf §§ 66, 67 erster Halbsatz ZPO. eine Nebenintervention nur bezüglich eines Teiles des Streitgegenstandes statthaft ist. Denn im vorl. Falle ist das nach § 66 ZPO. erforderliche rechtliche Interesse der Frau S. am Obsiegen des Kl. hinsichtlich des gesamten Streitgegenstandes gegeben. Soweit er als Treuhänder der Frau S. gehandelt hat, liegt deren Interesse am Obsiegen des Kl. auf der Hand, und sie kann dem von ihm im eigenen Namen geführten Rechtstreit auch noch in der RevInst. beitreten. Soweit aber der Kl. außerhalb des Treuhandverhältnisses eigene Rechte in Höhe von 2200 *RM* verficht, befindet er sich den Eheleuten S. gegenüber in der Stellung des Gläubigers, und zwar sowohl bezüglich der Darlehnsforderung von 1500 *RM* als auch gemäß § 670 BGB. bezüglich der aufgewendeten 700 *RM*. Frau S. hat daher ein rechtliches Interesse daran, daß der Kl. als ihr Gläubiger wegen dieser Beträge Deckung erhält.

II. Der Rev. war aber der Erfolg zu versagen, weil dem angef. Urt. im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, beizutreten ist.

Der BerR. läßt dahingestellt, welche Wirkungen der Güterrechtsvertrag v. 12. Juli 1897 bezüglich der einzelnen Gegenstände gehabt hat. In dem Vertrag v. 18. Okt. 1930 sei jedenfalls die übereinstimmende Auffassung der Eheleute S. zum Ausdruck gebracht, daß die hier fraglichen Gegenstände „freies Eigentum" des Ehemannes seien. Daß sie mit den von Frau S. in die Ehe eingebrachten Gegenständen nicht identisch sein könnten, ergebe bereits der Vergleich der den beiden Verträgen beigefügten Verzeichnisse.

Der BerR. erachtet die im Vertrag v. 18. Okt. 1930 enthaltene Übereignung dieser Gegenstände für anfechtbar nach § 3 Nr. 1 AnfG. Der Ehemann S. habe mit dem Abkommen beabsichtigt, seine noch vorhandenen Werte dem Zugriff seiner Gläubiger — er hatte damals bereits eine Schuldenlast von 300 000 *RM* — zu entziehen; seine Ehefrau habe diese Absicht erkannt. Unerörtert läßt der BerR., welche Wirkungen dem Abkommen zwischen Frau S. und der Bank v. 13. April 1931 beizumessen sind. Von Bedeutung hält er lediglich die Verpflichtung der Bank, die ihr übereigneten Gegenstände an Frau S. zurückzuübertragen, sobald sie wegen ihrer Ansprüche befriedigt war. Dieser Fall sei eingetreten, als sie vom Kl. Zahlung in Höhe von 16 700 *RM* erhielt. Daß dies in der Form eines Erwerbs ihrer Forderung durch Kauf geschehen, sei ohne Belang. Denn die Abtretung der käuflich erworbenen Forderung an den Kl. habe nicht kraft Gesetzes auch den Übergang der durch die Sicherungsübereignung bestellten Rechte zur Folge gehabt. Eine Übertragung dieser Rechte sei nur unter Zuziehung der Eheleute S. möglich gewesen. Demgemäß sei, wie der letzte Absatz des Abkommens v. 6. Juli 1932 ergebe, verfahren worden. Wirtschaftlich betrachtet, hätten die Eheleute S. bzw. die Frau oder der Ehemann aus ihrem Vermögen dem Kl. die Sicherheit bestellt.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung der Stellung des Kl. unterscheidet der BerR., daß der Kl. wegen 16 000 *RM* die Rechte als Treuhänder der Frau S. erworben hat, und daß er wegen 2200 *RM* im eigenen Interesse Sicherheit erhalten sollte. In beiden Beziehungen sei von Erheblichkeit, daß der Kl. am 6. Juli 1932 gewußt habe, daß die ihm übereigneten Gegenstände bereits von Gläubigern der Eheleute S. gepfändet seien. Ebenso habe er gewußt, daß seine Einschaltung bezweckte, den Zugriff der Bekl. auf diese Gegenstände zu verhindern. Endlich sei dem Kl. auch bekannt gewesen, daß beide Eheleute S. bei den Abkommen v. 13. April 1931 und 6. Juli 1932 mitgewirkt hätten, daß die Bank nach ihrer Befriedigung die ihr bestellten Sicherheiten auf die Besteller zurückzuübertragen habe, daß also die Übertragung an ihr wirtschaftlich eine Rechtshandlung der Eheleute S. sei. Dahingestellt bleiben könne, ob dem Kl. bekannt gewesen sei, daß Frau S. erst durch den Vertrag v. 18. Okt. 1930 das Eigentum an den Gegenständen erworben habe, und daß dieser Erwerb anfechtbar sei. Denn jedenfalls habe der Kl. mit der Möglichkeit gerechnet, daß die Gegenstände auch einem Zugriff der Gläubiger des Mannes unterliegen könnten; er habe mithin auch erkannt, daß die Maßnahmen beider Eheleute bezweckten, die Gläubiger des Ehemannes S. zu benachteiligen.

Selbst wenn man unterstelle, daß Frau S. dem Kl. die 16 000 *RM* zum Erwerb der Forderung der Bank aus ihren eigenen Mitteln, nicht denen ihres Ehemannes gegeben habe, so habe der Kl. doch gewußt, daß seine Einschaltung als Treuhänder die Fernhaltung des Zugriffs der Gläubiger des Ehemannes S. bezweckte. Daher greife die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung gegenüber seinen Rechten aus seiner

---

schwer aufrechtzuerhalten sein wird, so dürfte sie doch bei dem hier ganz besonders gelagerten Fall die einzige Möglichkeit darstellen, um den äußerlich juristisch-korrekten, nach Motiv und Zweck aber höchst bedenklichen Geschäften beizukommen.

Richtig ist, daß die juristische Form der Übereignung nicht darüber täuschen kann, daß wirtschaftlich nur ein Pfand bestellt wurde, und daß infolgedessen — wie bei jeder Pfandbestellung — der Gegenstand aus dem Vermögen des übereignenden Schuldners nicht endgültig ausgeschieden ist. Da es sich aber, sowohl beim Vertrage vom 13. April 1931 zwischen der Ehefrau S. und der Bank, als auch beim Vertrage v. 6. Juli 1932 zwischen der Bank und dem Kl. nur um Sicherungsübereignungen handelt, so ist wirtschaftlich tatsächlich der anfechtbare Erwerb der Ehefrau immer noch in ihrem Vermögen. Der Mangel des anfechtbaren Erwerbs ist auch durch diese zweimalige fiduziarische Übereignung nicht untergegangen, eben weil die Gegenstände immer im Vermögen des Empfängers geblieben sind. Nachdem die Bank befriedigt worden ist, hatte sie auch kein Recht mehr auf ein Pfand; sie hätte es daher zurückgeben müssen. Wenn sie dies auch rechtlich nicht tat, so fiel doch damit wirtschaftlich das Pfand wieder völlig in das Vermögen der Ehefrau S. zurück. Das Eigentum hätte allerdings rechtlich wie wirtschaftlich für S. verlorengehen können, wenn die Bank es auf einen beliebigen Dritten rechtsgültig und ohne fiduziarischen Charakter übertragen hätte. Statt dessen hat sie es zwar dem Kl. übertragen, aber in doppelter fiduziarischer Eigenschaft, was nicht im Urteil hervorgehoben ist; denn einmal ist er Fiduziar der Bank gegenüber aus der Sicherungsübereignung, die im Vertrag v. 6. Juli 1932 mitenthalten ist, sodann ist er, wie der Tatbestand einwandfrei ergibt, Treuhänder der Ehefrau S. Wirtschaftlich gesehen ist also der anfechtbare Erwerb aus dem Vermögen der S. nicht ausgeschieden, und selbst wenn er durch den Vertrag v. 13. April 1931 ausgeschieden wäre, so wäre er durch den Vertrag v. 6. Juli 1932 wieder zu ihr zurückgekehrt, ohne dadurch den Makel der Anfechtbarkeit verloren zu haben.

Diese letztere Ausdrucksweise, die das RG. selbst gebraucht, ist allerdings irreführend. Sie kann leicht den Anschein erwecken — ja, muß fast auf einen unbefangenen Leser so wirken —, als ob die Anfechtbarkeit etwas Dingliches des anfechtbar erworbenen Gegenstandes sei, so daß diese „Belastung" auf jeden Rechtsnachfolger ipso iure überginge. Selbstverständlich ist dem nicht so. Die Anfechtbarkeit erzeugt nur eine rein obligatorische Ausgleichungspflicht. Aus diesem Grunde geht sie auch, wie jede Pflicht, auf den Erben über, auch ohne daß dies in § 11 Abs. 1 AnfG. besonders erwähnt werden müßte. Und nur aus diesem Grunde, nicht etwa, weil der anfechtbare Erwerb auf ihn übergegangen ist! Wenn diese obligatorische Pflicht auch den Sonderrechtsnachfolger nach § 11 Abs. 2 trifft, so geschieht dies nicht nur deshalb, weil der Rechtsnachfolger den anfechtbaren Ersterwerb erwirbt. Dies allein würde nicht genügen, vielmehr müssen besondere, den Anfechtungsgrundsätzen entnommenen Umstände vorliegen, um diese obligatorische Verpflichtung auch in der Person des Sonderrechtsnachfolgers entstehen zu lassen, neben der an sich fortbestehenden obl. Haftung des Ersterwerbers. Von einer Art dinglicher Belastung des anfechtbar erworbenen Gegenstandes kann also keine Rede sein. Sicherlich will dies auch das RG. nicht zum Ausdruck bringen, aber durch die erwähnte Ausdrucksweise könnte leicht ein dahingehendes Mißverständnis hervorgerufen werden. —

Nicht völlig klar ist auch der zweite Fall ausgedrückt — die Übereignung der Gegenstände zur Sicherung der eigenen Forderung des Kl. von 2200 *RM*. Hier wendet das RG. zum Unterschied von dem BG. den § 11 Abs. 2 Nr. 1 AnfG. an, hält also den Kl. als Singularsukzessor der Ehefrau S. für ausgleichungsverpflichtet. Dem ist nicht zu widersprechen. Unerwähnt aber läßt das RG., ob es sich um einen unmittelbaren Erwerb S.—Kl. handelt oder ob ein

Treuhänderstellung durch. Soweit der Kl. die Sicherung für seine eigenen Forderungen von 2200 RM erlangt habe, komme noch hinzu, daß er auf Gewährung einer solchen Sicherung keinen Anspruch gehabt habe. Da die vom Kl. anfechtbar erlangten Werte dem Zugriff der Gläubiger des Ehemannes S. unterlägen, erachtet der BerR. die Klage für unbegründet, die Widerklage für begründet.

An dieser Begründung des BerR. ist soviel richtig, daß die im Vertrage v. 18. Okt. 1930 enthaltene Übereignung der dem Ehemann S. gehörigen Gegenstände nach § 3 Nr. 1 AnfG. anfechtbar ist. Fehlsam ist die Begründung des BerR. insoweit, als er den zwischen dem Kl. als Treuhänder der Frau S. und der Bank am 6. Juli 1932 abgeschlossenen Vertrag für anfechtbar erachtet. Er übersieht hierbei, daß sich § 3 Nr. 1 AnfG. nur auf Rechtshandlungen des Schuldners bezieht, daß aber der erwähnte Vertrag nicht von dem Ehemann S., sondern von der Bank mit dem Kl. abgeschlossen worden ist. Eine Anfechtung gegen den Kl. als Rechtsnachfolger der Bank kann nicht in Frage kommen, weil keine der in § 11 Abs. 2 AnfG. aufgestellten Voraussetzungen erfüllt ist. An dem in Nr. 1 das. erforderten Tatbestande fehlt es insbes. deshalb, weil eine Anfechtbarkeit des Erwerbs der Bank nicht dargetan, die Wirksamkeit des Vertrags v. 13. April 1931 vielmehr vom BerR. unterstellt worden ist.

Aber dieser Rechtsirrtum nötigt nicht zur Aufhebung des angef. Urt., weil sich die Entsch. aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO.). Aus den vom BerR. getroffenen Feststellungen ergibt sich nämlich, daß die von der Ehefrau S. durch den Vertrag v. 18. Okt. 1930 in anfechtbarer Weise erworbenen Gegenstände, wirtschaftlich betrachtet, aus ihrem Vermögen nicht ausgeschieden sind und die Eigenschaft des anfechtbaren Erwerbs nicht verloren haben. Denn wenn Frau S. auch durch den Vertrag v. 13. April 1931 diese Gegenstände der Bank übereignet hat, so erfolgte diese Übereignung doch nur zur Sicherung und mit der Verpflichtung der Bank zur Rückübertragung im Falle ihrer Befriedigung. Eine solche, wirtschaftlich die Stelle eines Pfandrechtes vertretende Sicherungsübereignung bewirkt nicht das endgültige Ausscheiden der übereigneten Gegenstände aus dem Vermögen des Übereignenden, vielmehr werden sie, wie vom RG. in ständiger Rspr. anerkannt worden ist (z. B. RG. 24, 50; 91, 15 und 279; 118, 209[1]); RGWarn. 1910 Nr. 38) materiell und wirtschaftlich als noch zum Vermögen des übereignenden gehörig angesehen, wie sie denn auch im Falle eines Konkurses dem Erwerber nur ein Absonderungs-, kein Aussonderungsrecht gewähren. Trotz des Vertrags v. 13. April 1931 gehörten also die fraglichen Gegenstände, wirtschaftlich betrachtet, noch der Ehefrau S.; sie waren auch weiterhin mit dem Mangel des anfechtbaren Erwerbs behaftet. Die Bank durfte die Gegenstände nur so lange behalten, als es der Zweck der Sicherung ihrer Forderungen nötig machte. Dieser Zweck fiel weg, nachdem Frau S. dem Kl. 16000 RM zur Zahlung an die Bank überwiesen und dieser als ihr Treuhänder die Bank befriedigt hatte. Damit gelangte Frau S. wieder zur freien Verfügung über die aus ihrem Vermögen überhaupt nicht ausgeschiedenen Gegenstände. Diese waren in ihren Eigenschaften dieselben wie vor der Sicherungsübereignung, den Makel des anfechtbaren Erwerbs hatten sie weder durch den Vertrag v. 13. April 1931 noch durch den vom Kl. als Treuhänder der Frau S. in deren Interesse geschlossenen Vertrag v. 6. Juli 1932 verloren. Dies muß auch dann gelten, wenn, wie zu unterstellen ist, Frau S. die 16000 RM dem Kl. aus eigenen Mitteln gegeben haben sollte.

Wie die regelmäßig an Stelle der Begründung eines Pfandrechts vorgenommene Sicherungsübereignung wirtschaftlichen Erwägungen ihr Dasein verdankt, so kann auch nur eine wirtschaftliche, nicht eine formaljuristische Betrachtungsweise derartigen Machenschaften und Schiebungen gerecht werden, als welche sich die Verträge v. 18. Okt. 1930, 13. April 1931 und 6. Juli 1932 in ihrer Gesamtheit darstellen. Was den letzten Vertrag anlangt, so ist noch besonders darauf hinzuweisen, daß ihn der Kl., wie die Nebenintervenientin selbst anführt, „überwiegend als Treuhänder im Auftrage und in Vollmacht der Nebenintervenientin" abgeschlossen hat und daß ihm die Eheleute S. ausdrücklich zugestimmt haben.

War hiernach die Nebenintervenientin Empfängerin der Gegenstände i. S. des § 7 AnfG. geblieben, so greift die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 3 Nr. 1 AnfG.) dem Kl. gegenüber ohne weiteres insoweit durch, als seine Rechte aus der Treuhänderstellung in Betracht kommen.

Aber auch soweit er die fraglichen Gegenstände zur Sicherung seiner eigenen Forderungen von 1500 RM und 700 RM beansprucht, steht ihm die Anfechtung entgegen. Insoweit schlägt die Bestimmung in § 11 Abs. 2 Nr. 1 AnfG. ein. Denn er kann sein Recht nur aus dem Erwerb der Gegenstände durch die Nebenintervenientin herleiten. Die Umstände, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs dieser seiner Rechtsvorgängerin begründeten, waren aber dem Kl. zur Zeit seines Erwerbes bekannt. Das stellt der BerR. fest, wenn er sagt: „Jedenfalls hat nach der Überzeugung des Sen. der Kl. mit der Möglichkeit gerechnet, daß die Gegenstände auch einem Zugriff der Gläubiger des Ehemannes S. unterliegen können; er hat daher auch erkannt, daß die Maßnahmen beider Eheleute S. bezweckten, die Gläubiger des Ehemannes S. zu benachteiligen".

(U. v. 2. Okt. 1934; VII 57/34. — Berlin.) [H.]

<= RG. 145, 188.>

Zwischenerwerb der Bank anzunehmen ist. Nur im ersteren Falle kann aber eine Anfechtbarkeit dem Kl. gegenüber angenommen werden; denn da die Bank — wie aus dem Tatbestande anzunehmen ist — von der Anfechtbarkeit des Ersterwerbers nichts wußte, so hätte sie unanfechtbar erworben. Es ist aber sowohl bei § 40 Abs. 2 Ziff. 1 KO. als bei § 11 Abs. 2 Ziff. 1 AnfG. unbestritten — namentlich seit der Nov. v. 17. Mai 1898 —, daß auch der Zwischenerwerb anfechtbar sein muß. Der unanfechtbare Erwerb der Bank hätte daher deren Rechtsnachfolger Kl. vor der Anfechtung geschützt. Es hätte daher ausdrücklich betont und bewiesen werden müssen, daß Kl. hier als unmittelbarer Singularsukzessor der Ehefrau S. anzusehen ist. Nicht ausreichend und eindeutig klar ist aber die Ausdrucksweise, daß Kl. „sein Recht nur aus dem Erwerb der Gegenstände durch die Nebenintervenientin herleite". Hierdurch bleibt gerade das wichtigste offen: unmittelbarer Erwerb oder Zwischenerwerb der Bank; denn hiermit steht und fällt die Anfechtbarkeit in unserem Falle wegen der Gutgläubigkeit der Bank.

Das RG. muß daher wohl, ohne es ausgeführt zu haben, unmittelbaren Erwerb angenommen haben. Wie es diesen begründet, ist leider nicht dargelegt. Es versteht sich um so weniger von selbst, da zwar die Bank obl. verpflichtet gewesen wäre, die sicherungshalber übereigneten Gegenstände an S. rückzuübertragen, dies aber nicht getan hat. Offenbar will hier das RG. dieselben wirtschaftlichen Gesichtspunkte im Gegensatz zur rein formaljuristischen Gestalt heranziehen wie im ersten Fall. Dies hätte aber einer näheren Ausführung bedurft. —

Ist somit dem RG. im Ergebnis und in den grundlegenden Gedankengängen der Begründung sicher zuzustimmen, so hätte gerade dieses von der formellen Rechtslage wesentlich abweichende, rein wirtschaftlich-moralisch orientierte Urteil mit seiner weittragenden prinzipiellen Entscheidungsbegründung einer eingehenderen Darlegung bedurft.

Prof. Dr. Theodor Süß, Breslau.

[1]) JW. 1928, 63.

**6. §§ 148, 251, 251a ZPO.; VO. v. 13. Febr. 1924; §§ 211 Abs. 2, 242, 826, 852 BGB.

I. Die nach § 852 BGB. zu fordernde Kenntnis des Verletzten von der Person des Schadensersatzpflichtigen muß so weit reichen, daß der Verletzte eine Klage zu begründen vermag; hierzu gehört bei Verschuldenhaftung die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den eingetretenen Schaden verursacht haben kann. Kenntnis i. S. dieser Vorschrift ist aber nicht gleichbedeutend mit Gewißheit.

II. Ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens gemäß § 251a ZPO. an, so endet mit der letzten Prozeßhandlung des Gerichts die durch Klageerhebung eingetretene Unterbrechung der Verjährung des Klageanspruchs. Das gilt aber nicht bei Aussetzung des Verfahrens.

III. Die Änderung des Verfahrensrechts in

den §§ 251, 251a ZPO. durch die VO. v. 13. Febr. 1924 hat nicht den Anwendungsbereich der sachlich-rechtlichen Vorschrift in § 211 Abs. 2 BGB. über das Ende der Verjährungsunterbrechung beschränkt.

IV. Verstößt der Schuldner durch Berufung auf die Verjährung gegen Treu und Glauben, so greift der Einwand unstatthafter Rechtsausübung auch gegenüber der Einrede der Verjährung Platz.†)

Mehrere am Schiffahrtskanal bei G. gelegene Gärtnereigrundstücke, darunter je ein Grundstück des Baumschulenbesitzers S. und des Kl., wurden im August 1924 durch das bei starkem Gewitterregen aus den Ufern tretende Kanalwasser überschwemmt. S. führte den ihm hierdurch an seinen Gemüse- und Obstbaumkulturen entstandenen Schaden auf schuldhafte Verletzung der dem Lande Preußen (Kulturbauverwaltung) obliegenden Pflicht zur Unterhaltung des Kanals zurück. Er machte in einem bei dem LG. in M. i. J. 1926 anhängig gewordenen Rechtsstreit den preuß. Fiskus hierfür verantwortlich. Gleich ihm klagten zwei weitere Gärtner, H. und R. In diesen beiden Sachen wurde auf Antrag der Parteien von dem Gericht gem. § 148 ZPO. angeordnet, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des Rechtsstreits S. wider Fiskus auszusetzen sei.

Unter Bezugnahme auf das Beweisergebnis in der Sache S. wider Fiskus und aus dem gleichen Rechtsgrunde wie S. erhob auch der Kl. im April 1927 bei demselben LG. eine Schadensersatzklage gegen das verkl. Land. In dem vor Klageerhebung eingereichten Gesuch um Bewilligung des Armenrechts hatte er erklärt, daß das Ergebnis des Vorprozesses mit Rücksicht auf die drohende Verjährung seines Anspruchs nicht abgewartet werden könne und deshalb zur Unterbrechung der Verjährung die Klage erhoben werden müsse.

In dem auf den 2. Juni 1927 vor dem Einzelrichter anberaumten Verhandlungstermin blieben beide Parteien aus. Der Richter beschloß und verkündete darauf: „Mit Rücksicht auf die Sache S. wider Fiskus wird das Ruhen des Verfahrens angeordnet". Es wurde ferner eine Frist von drei Monaten zur Vorlage der Akten verfügt.

In der Folgezeit verfügte das Gericht bis zum Aug. 1931 Fristen zur Wiedervorlegung der Akten von ein- bis dreimonatiger Dauer. Zweien dieser Verfügungen war der Vermerk vorangestellt: „Die Sache S. wider Fiskus schwebt noch." Am 26. Juni 1931 erging in dieser Sache ein die Klage S.s abweisendes Urt. des LG. Das Urt. wurde rechtskräftig, nachdem der Fiskus zu teilweiser Entschädigung S.s sowohl als auch der Kl. H. und R. im Vergleichswege sich bereitgefunden hatte. Mit Schriftsatz v. 11. Aug. 1931 nahm der Bekl. den Rechtsstreit mit dem Kl. wieder auf.

Das LG. erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt. Dagegen wies das OLG. die Klage ab. Es gelangte zu der Auffassung, daß der Einzelrichter im Termin v. 2. Juni 1927 gem. § 251a ZPO. das Ruhen des Verfahrens angeordnet habe, und daß seit dem Stillstand des Verfahrens ein der Verjährungsfrist gleicher Zeitraum verstrichen sei.

I. Die Klage gründet sich auf die Behauptung, daß Beamte des Bekl. die diesem obliegende Pflicht zur Unterhaltung des Torfschiffahrtskanals fahrlässig nicht gehörig erfüllt und dadurch das Eigentum des Kl. widerrechtlich verletzt hätten (§§ 823 Abs. 1, 31, 89, 831 BGB.). Der Anspruch auf Ersatz des aus solcher unerlaubten Handlung entstandenen Schadens verjährt nach § 852 BGB. in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Kl. von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat.

Allerdings muß die nach § 852 BGB. zu fordernde Kenntnis des Verletzten von der Person des Ersatzpflichtigen so weit reichen, daß der Verletzte eine Klage gegen diese Person zu begründen vermag, und hierzu gehört bei Verschuldenshaftung die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den eingetretenen Schaden verursacht haben kann (RG. 76, 61[1]). Kenntnis i. S. der genannten Vorschrift ist hier aber nicht gleich sicherer Überzeugung oder gar gleich Gewißheit, wie sie erst das in der Sache zuletzt gesprochene Urt. schafft. Wie die Klageschrift ergibt, wußte der Kl., daß der Bekl. den Kanal zu unterhalten hat, und kannte er ferner Tatsachen, wie die Versandung und die Verkrautung des Kanals, aus denen er auf eine Vernachlässigung der Unterhaltspflicht schloß und schließen durfte. Er wußte ferner, daß der Kanal, wenn er nicht rechtzeitig und nicht gehörig geräumt und gekrautet war, die bei starken Niederschlägen im F.er Bruch sich ansammelnden Wassermassen möglicherweise nicht so vollständig aufnehmen und so rasch abführen konnte, daß für die Ufergrundstücke die Gefahr zeitweiliger Überschwemmung ausgeschlossen war. Hiernach hat er i. S. des § 852 BGB. bei Klagerhebung in dem Bekl. die Person des Ersatzpflichtigen soweit gekannt, daß er gegen ihn eine Ersatzklage erheben und begründen konnte (RGWarn. 1912 Nr. 308 u. Nr. 342).

II. Die Entsch. hängt hiernach davon ab, ob die durch Klagerhebung herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung mit der Verkündung des Gerichtsbeschl. v. 2. Juni 1927 ihr Ende erreicht hat. Das wäre nicht der Fall, wenn durch diesen Beschl. i. S. des § 148 ZPO. die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung der Sache S. wider Fiskus angeordnet sein sollte. Denn für die Anwendung der dem Kl. entgegenstehenden Vorschrift im § 211 Abs. 2 BGB. ist dort kein Raum, wo der Stillstand des Verfahrens auf einer vom Gesetz bestimmten Unterbrechung oder auf einer vom Gericht beschlossenen Aussetzung, mithin nicht auf einer Vereinbarung der Prozeßparteien oder auf ihrer Untätigkeit beruht (RG. 72, 185[2]). Das BG. nimmt an, daß ein Aussetzungsbeschluß nicht ergangen ist. Der hierfür angeführte Grund, ein Aussetzungsbeschluß sei nicht erlassen, weil er ohne vorgängige mündliche Verhandlung nicht hätte erlassen werden dürfen, trifft jedoch nicht zu. Einmal kann einer gerichtlichen Entsch.

Zu 6. Schon in einer Entsch. (Recht 1914 Nr. 354) spricht das RG. davon, daß die Kenntnis des Ersatzpflichtigen so weit reichen müsse, daß der Verletzte eine Klage gegen eine bestimmte Person begründen könne. Dazu gehört die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den Schaden verursacht haben kann. Die Nichtkenntnis von Tatumständen, die verhindert, daß man die Person des Ersatzpflichtigen kennt, auch die Unkenntnis von Rechtssätzen hemmt den Beginn (Mahr: JW. 1913, 113). Ferner äußert sich das RG. (JW. 1912, 646[12]) dahin, daß nicht eine jeden Zweifel am Obsiegen ausschließende Überzeugung vorzuliegen braucht. Es genügt eine einigermaßen sichere Kenntnis, die es ermöglicht, bei vorsichtigen Erwägungen eine Zivilklage mit Aussicht auf Erfolg zu erheben (JW. 1915, 139).

Zur Vervollständigung des Gesamtbildes ist auch notwendig, daß der Verletzte von den Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht Kenntnis hat (JW. 1913, 686[4]). Wenn die Haftung auch nach §§ 831, 832 in Betracht kommt, so ist auch Kenntnis von den nach diesen Gesetzesvorschriften haftenden Personen notwendig (Recht 1911 Nr. 3810).

In diesem Zusammenhang darf auch auf eine RGEntsch. hingewiesen werden, wonach bei Inanspruchnahme des Dienstherrn Voraussetzung der Verjährung ist, daß der Kl. wissen muß, daß dem bekl. Dienstherrn ein Entlastungsbeweis nicht zur Verfügung steht (RG.: JW. 1913, 686[4]).

Die vorliegende Frage ist von großer Bedeutung, da durch eine Überspannung der Erfordernisse in diesen Fällen eine unnötige und ungerechte Rechtsverfolgungserschwerung eintreten kann. Die Verjährung als solche ist ja ein Rechtseinwand, der da Rechte gibt, wo eigentlich keine sind. Lediglich der Gedanke einer unbilligen, späten Rechtsverfolgung gibt hier die Berechtigung. Der moderne, nationalsozialistische Staat wird wohl den Standpunkt vertreten müssen, daß Verjährung nur in ganz eng begrenzten und wirklich einwandfreien Fällen zu gewähren ist.

Fragen wir uns, ob das vorl. Urt. diesem Gedanken entspricht: Es heißt hier, daß der Verletzte so viel Kenntnis haben muß, daß er eine Klage begründen kann. Dazu genüge bei Verschuldenhaftung die Kenntnis von einem schuldhaften Verhalten, das den eingetretenen Schaden verursacht haben kann. Kenntnis im Sinne dieser Vorschrift des § 852 sei aber nicht gleichbedeutend mit Gewißheit. Die hier zutage tretenden Ergebnisse sind eigentlich nicht so wesentlich abweichend von der früheren Rechtsprechung. Jedenfalls geht daraus

[1]) JW 1911, 453. [2]) JW. 1910, 9.

das nach ihrem Inhalt ihr etwa zukommende Wesen nicht schon deshalb abgesprochen werden, weil bei ihrem Erlaß die für das Zustandekommen einer solchen Entsch. vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden. Sodann aber ist es nicht einmal richtig, daß der Erlaß eines Aussetzungsbeschlusses hier vorgängige mündliche Verhandlung erfordert hätte. Die Entsch. RG. 40, 373 ist vor dem Inkrafttreten der VO. über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 13. Febr. 1924 ergangen, durch die § 251a ZPO. geschaffen worden ist. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht, wenn in einem Termin zur mündlichen Verhandlung beide Parteien ausbleiben, eine nach Lage der Akten angezeigt erscheinende Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 148 ZPO. auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung anordnen. Der Einzelrichter hätte mithin am 2. Juni 1927 die Aussetzung des Verfahrens gem. § 148 ZPO. beschließen können. Dafür, daß er es nicht getan, sondern das Ruhen des Verfahrens angeordnet hat, könnten aber andere Gründe sprechen, an deren Verwertung das in der Auslegung einer Prozeßhandlung durch Feststellungen im Bll. nicht gebundene RevG. nicht gehindert wäre.

Der Einzelrichter hat seine Entsch. dahin gefaßt, daß das Ruhen des Verfahrens angeordnet werde. Er hat also den erlassenen Beschl. in die vom Gesetz für eine Entsch. dieser Art vorgesehenen Worte gekleidet. Dies spricht dafür, daß er von einer Entsch. nach Lage der Akten, wie ein Aussetzungsbeschluß sie bedeutet hätte, abgesehen und sich auf den Ausspruch der Folge beschränken wollte, die im § 251a ZPO. an letzter Stelle für den Fall mangelnder Förderung des Rechtsstreits durch die Parteien vorgesehen ist. Zweifel, wie sie auch schon der Wechsel des von dem BG. zu dieser Frage eingenommenen Standpunkts erwecken mag, ergeben sich aber daraus, daß der Richter der erlassenen Anordnung in den Worten „mit Rücksicht auf die Sache S. wider Fiskus" eine vom Gesetz nicht erforderte Begründung beifügte. Diese Begründung des Beschl. könnte aber auch dahin zu deuten sein, daß der Richter, weil damals in der tatsächlich und rechtlich gleichliegenden Sache S. wider Fiskus eine umfassende, auch der Klärung des vorl. Rechtsstreits dienliche Beweisaufnahme stattfand, keinen Anlaß sah, diesen Rechtsstreit, an dessen zeitiger Förderung den Parteien — nach ihrem Ausbleiben zu urteilen — nichts gelegen war, von Amts wegen weiterzutreiben.

Die immerhin verbleibenden Zweifel verstärken sich aber angesichts der unstreitigen Tatsache, daß in zwei anderen gleichliegenden Sachen das Verfahren ausgesetzt worden ist, und ferner im Hinblick auf die allerdings bestrittene, für die RevInst. aber als richtig zu unterstellende Behauptung des Kl., daß die Parteien untereinander und mit dem Richter vereinbart hätten, wie in den Sachen R. und H. wider Fiskus solle auch in dem vorliegenden Rechtsstreit das Verfahren bis zur Erledigung der Sache S. wider Fiskus ausgesetzt werden. Gewiß kann die Art der gerichtlichen Prozeßleitung und -entscheidung nicht Gegenstand einer bindenden Vereinbarung zwischen dem Richter und den Parteien sein, und zu prüfen bliebe immer, ob die behauptete „Vereinbarung" etwa zur Voraussetzung hatte, daß die Parteien, wie das in den beiden anderen Sachen geschehen war, in dem zur Abgabe geeigneter Erklärungen bestimmten Verhandlungstermine erschienen und ihr fortdauerndes Interesse an einer derartigen Handhabung des Verfahrens durch Stellung entsprechender Anträge bekundeten. Geklärt ist der Sachverhalt insoweit bisher aber nicht.

Das angef. Urt. kann daher nicht aufrechterhalten bleiben.

III. Sollte die neue Verhandlung vor dem BG. wiederum zu dem Ergebnis führen, daß der Einzelrichter am 2. Juni 1927 gem. § 251a Abs. 2 ZPO. das Ruhen des Verfahrens angeordnet hat, so wäre die vom BG. für solchen Fall bereits gezogene Folgerung, daß mit der letzten Prozeßhandlung des Gerichts die durch Klagerhebung eingetretene Unterbrechung der Verjährung des Klageanspruchs ihr Ende fand, nicht zu beanstanden. Die von der Rev. hiergegen angeführten Gründe schlagen nicht durch. Zunächst trifft es nicht zu, daß ein Ruhen des Verfahrens, weil es seit der VO. v. 13. Febr. 1924 nicht mehr durch Parteivereinbarung, sondern nur noch durch eine Anordnung des Gerichts (§§ 251, 251a ZPO.) herbeigeführt werden könne, die Unterbrechung der Verjährung nicht mehr i. S. des § 211 Abs. 2 BGB. zu beendigen vermöge. Für ihre gegenteilige Meinung kann die Rev. das von ihr angezogene Urt. des 8. ZivSen. des RG. v. 27. März 1930 (RG. 128, 191[3])) nicht verwerten. Das genannte Urt. war mit der Frage befaßt, wann ein infolge des Verhaltens der Parteien ohne gerichtliche Anordnung tatsächlich eingetretener Stillstand des Verfahrens nach der Änderung der hier eingreifenden gesetzlichen Vorschriften noch eine Wirkung i. S. des § 211 Abs. 2 BGB. ausüben könne. In den Gründen dieses Urt. ist freilich der weitergreifende Ausspruch enthalten, daß die Untätigkeit der Prozeßparteien einen Stillstand des Verfahrens i. S. und mit der Folge des § 211 Abs. 2 BGB. überall dort nicht mehr bewirken könne, wo das Gericht durch Anordnung des Ruhens gem. §§ 251, 251a ZPO. dem Verfahren Einhalt geboten habe. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Einer Entsch. der ver. ZivSen. bedarf es nicht, weil das genannte Urt. auf dem erwähnten Ausspruch nicht beruht (RG. 134, 22[4])), zudem der 8. ZivSen. nach einem Beschl. des Präsidiums des RG. inzwischen zu bestehen aufgehört hat (RG. 108, 60[5])).

---

hervor, daß der Beginn einer solchen Verjährung wohl so abgestellt ist, daß der Berechtigte vor ungerechten Schädigungen bewahrt wird. Die Frage ist ja nur die: Kann dem Geschädigten zugemutet werden, die Momente zu erkennen, auf welche Gesetz und Rspr. das maßgebende Kriterium abstellen. Volksnahes Recht fordert hier natürlich weitesten Spielraum. Ob nicht die Festlegung, daß Kenntnis nicht gleich Gewißheit sei, nach dieser Richtung hin nach modernen Rechtsbegriffen eine Überspannung bedeutet, möchte ich dahingestellt sein lassen. Jedenfalls muß hier möglichst Schutz demjenigen gewährt werden, der aus Rechtsunkenntnis heraus einen Rechtsanspruch zu versäumen in der Lage ist.

Diesem Gedanken der Verhinderung einer ungerechten Ausübung des Verjährungsgedankens hat die Entsch. Rechnung getragen. Wenn gegen Treu und Glauben verstoßen wird, dadurch, daß man auf Verjährung zurückgreift, so greift der Einwand der unstatthaften Rechtsausübung Platz. Mit Recht stellt das RG. die zwei Interessen einander gegenüber. Auf der einen Seite steht das Anrecht des Schuldners auf Beweiserleichterung. Dieses erfordert eine möglichst baldige und rechtzeitige Klagerhebung. Also danach soll die Verjährung möglichst bald beginnen. Anderenfalls aber kann dem Gläubiger auch ein Rechtsverlust hinwiederum auf Kosten des Schuldners nicht zugemutet werden. Hier muß, wie das RG. erfreulicherweise sagt, das durch die Verjährungsbestimmungen geschützte öffentliche Interesse dem ebenfalls das Gemeinwohl berührenden Interesse an Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr nachgeordnet werden. Diese Nachordnung müßte wohl im Sinne meiner obigen Ausführungen dazu führen, den Schutz des Gläubigers gegebenenfalls im Auge zu behalten und die Gesichtspunkte zu beachten, daß hier die mangelnde Kenntnis und insbes. Erkenntnis oft vor einem Vorgehen zurückschrecken läßt.

Auch die sehr bedeutungsvolle Erklärung, daß die Änderung des Verfahrensrechts in den §§ 251, 251a ZPO. durch die VO. v. 13. Febr. 1934 nicht den Anwendungsbereich der sachlich-rechtlichen Vorschrift in § 211 Abs. 2 BGB. über das Ende der Verjährungsunterbrechung beende, muß besonders unterstrichen werden. Es ist das Ruhen des Verfahrens nunmehr nicht mehr durch Parteivereinbarung, sondern nur noch durch eine Anordnung des Gerichts möglich. Aber wie gesagt, die Wirkung von § 211 Abs. 2 ist geblieben. Damit ist auch dem Gedanken Rechnung getragen, daß natürlich auch dem Schuldner der Schutz vor unbilliger Hinauszögerung der Verjährung nicht versagt werden kann. Hier kann der Grundsatz, daß dann, wenn die Berufung auf die Verjährung gegen Treu und Glauben verstößt, der Einwand unstatthafter Rechtsausübung auch gegenüber der Einrede der Verjährung Platz greift, zur Geltung kommen. Man muß wohl in diesem Falle das Recht des Schuldners als schätzenswert erachten. Hier würde es als eine Überspannung angesehen werden, wenn man das Recht des Gläubigers noch mehr als schon geschehen in Schutz nehmen würde. Auch der Schuldner bedarf des nachdrücklichen Schutzes. Natürlich kann das Recht des Schuldners nicht so weit ausgedehnt werden, daß auf der anderen Seite ein Schaden dadurch angerichtet wird, der insbes. dann nicht weniger unsozial wirken würde.

RA. Dr. jur. Ludwig Lechner, München,
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht.

[3]) JW. 1930, 2417. [4]) JW. 1932, 494. [5]) JW. 1924, 811.

Mit dem 2. ZivSen. des RG. (RG. 136, 193[6]) ist vielmehr anzunehmen, daß die Änderung des Verfahrensrechts in den §§ 251, 251a ZPO. den Anwendungsbereich der sachlich-rechtlichen Vorschrift im § 211 Abs. 2 BGB. nicht beschränkt hat. Es macht für die Verjährung eines im Prozeß befangenen Anspruchs keinen Unterschied, ob die Untätigkeit der Parteien den Stillstand des Rechtsstreits unmittelbar oder durch einen auf ihr beruhenden Gerichtsbeschluß herbeiführt. Auch im letzteren Fall ist schließlich der übereinstimmende Antrag der Parteien (§ 251 ZPO.) oder ihr tatsächliches Nichtverhandeln (§ 251a ZPO.) der Grund des Stillstandes, dem eben das bürgerliche Recht mit der Vorschrift begegnet, daß nunmehr die Unterbrechung der Verjährung endet.

IV. In der mündlichen Verhandlung vor dem RevG. ist mit den Prozeßbevollmächtigten der Parteien noch erörtert worden, ob nach dem von dem Kl. vorgetragenen Sachverhalt der Einrede der Verjährung der Einwand unstatthafter Rechtsausübung (Einrede der gegenwärtigen oder allgemeinen Arglist) entgegenstehe.

Die Anspruchsverjährung dient nicht nur Interessen des Schuldners, sondern ist auch im öffentlichen Interesse zum Schutz des Rechtsverkehrs geschaffen, der klare Verhältnisse braucht und deshalb vor einer Verdunkelung der Rechtslage, wie sie bei späterer Geltendmachung von Rechtsansprüchen aus längst vergangenen Tatsachen zu besorgen wäre, bewahrt bleiben soll. Die Verjährung kann daher durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden (§ 225 BGB.); dieser Erfolg soll auch nicht auf dem Umweg erreicht werden, daß ein Prozeß begonnen, aber liegen gelassen wird (§ 211 Abs. 2 BGB. und RG. 136, 193[6]). Daraus folgt aber nicht, daß sich ein Schuldner auf die Vollendung der Verjährung auch dann berufen darf, wenn er damit eine Haltung annimmt, die mit einem früher von ihm betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar ist. Nach ständiger Rspr. des RG. (RG. 144, 378[7]) greift der Einwand unstatthafter Rechtsausübung auch gegenüber der Einrede der Verjährung Platz. Zur Begründung des Einwandes genügt die Berufung auf ein früheres Verhalten des Schuldners, durch das er — sei es auch unabsichtlich — dem Gläubiger nach verständigem Ermessen Anlaß gab, von einer Unterbrechung der Verjährung abzusehen, weil der Gläubiger nach dem Vorangegangenen annehmen durfte, daß der Schuldner entweder es auf eine gerichtliche Entsch. nicht ankommen lassen oder aber bei der Verteidigung gegen eine später zu erhebende oder durchzuführende Klage seine Abwehr nur gegen den sachlichen Bestand des Klageanspruchs richten werde. Wie RG. 87, 281[8]) zutreffend ausgeführt hat, läuft die Beschränkung, der die Einrede der Verjährung hiernach unterliegt, dem mit der Rechtseinrichtung der Verjährung verfolgten Zweck nicht zuwider. Das auf Beweiserleichterung beruhende Interesse des Schuldners an rechtzeitiger Klagerhebung darf nicht auf Kosten der Gebote von Treu und Glauben gewahrt werden. Andererseits hat das Gesetz, wie die — nur eine besondere Anwendungsform des Einwandes unstatthafter Rechtsausübung darstellende — Vorschrift im § 853 BGB. zeigt, das durch die Verjährungsbestimmungen geschützte öffentliche Interesse dem ebenfalls das Gemeinwohl berührenden Interesse an Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr nachgeordnet.

Im Streitfalle haben die Parteien nach dem Vortrag des Kl. sich nicht darauf beschränkt, schlechthin ein Ruhen des Verfahrens zu vereinbaren. Deshalb passen die Ausführungen in dem Urt. des RG. v. 22. Juni 1916, VI 99/16, in dem für einen solchen Fall der Einwand unstatthafter Rechtsausübung gegenüber der Einrede der Verjährung nicht zugelassen wird, nicht auf den gegenwärtig zur Entsch. stehenden Fall. Hier haben die Parteien, wie der Kl. behauptet, die Entsch. des ausdrücklich zur Unterbrechung der Verjährung anhängig gemachten Rechtsstreits — zwecks Ersparung von Kosten namentlich auch für den Bekl., dem ein im Armenrecht klagender Gegner gegenüberstand — bis zu der in absehbarer Zeit erwarteten Erledigung der Sache S. wider Fiskus im Wege einer Aussetzung des Verfahrens hinausschieben wollen. Durfte der Kl. nach den vom Bekl. hierzu gegebenen Erklärungen annehmen, daß bei einer nicht vorausgesehenen Verzögerung in der Erledigung der genannten Sache der Bekl. seine sachliche Verantwortung für den angerichteten Schaden nicht von einer nochmaligen Unterbrechung der Verjährung durch eine dazu geeignete Prozeßhandlung des Kl. abhängig machen werde, so konnte der Bekl. hinterher nicht ohne Verstoß gegen Treu und Glauben sich auf Verjährung berufen.

(Urt. v. 27. Okt. 1934; V 353/34. — Naumburg.) [v. B.]

<= RG. 145, 239.>

7. §§ 287, 323 ZPO. Wenn in Ansehung eines aus einer Verminderung der Erwerbsfähigkeit für die Zukunft zu erwartenden Schadens ein Urteil über die zukünftige Gestaltung der für den Klageanspruch maßgebenden Verhältnisse nicht möglich ist, kann nicht mehr als eine Feststellung der Schadensersatzpflicht begehrt und muß eine mehr begehrende Klage als zur Zeit nicht ausreichend begründet abgewiesen werden, wenn nicht durch eine erhöhte oder verminderte Durchschnittsrente Abhilfe geschaffen wird. Gerade den Verletzten auf den Weg des § 323 ZPO. zu verweisen, dürfte nicht angemessen sein.

Das angef. Urt. hat dem Kl. die Rente, die er in Höhe von monatlich 67,60 *RM* für die Zeit v. 1. März 1933 bis zum 1. Nov. 1970 begehrt, wohl für die Zeit bis zum 31. März 1943 in voller Höhe zugesprochen, für die weitere Zeit aber völlig versagt. Es nimmt an: Der Kl. ist durch die Verletzung der linken Hand unfähig, den Beruf als Kraftwagenführer weiter auszuüben, und seine Erwerbsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt ist um 50—60% gemindert. Bei der jetzigen ungünstigen Wirtschaftslage haben derartige Personen überhaupt keine Aussicht auf Beschäftigung. Deshalb ist dem Kl. der Verdienst, den er in gesundem Zustande gehabt hätte, das sind monatlich 140 *RM* abzüglich der Unfallrente von 72,40 *RM* = 67,60 *RM* zu erstatten. Das kann aber nur für die Zeit bis zum 31. März 1943 gelten. Denn die Wirtschaftslage wird sich dauernd bessern und wird in etwa 6—8 Jahren derartig sein, daß auch Unfallverletzte, wie der Kl., Beschäftigung auf verschiedenen Gebieten, z. B. als Wächter, Portier, Fahrstuhlführer u. dgl., finden werden. Die jetzige Regierung hat sich die Besserung der Wirtschaftslage zur Aufgabe gestellt und tatkräftig in Angriff genommen. Große Erfolge sind erzielt. Die deutsche Wirtschaft hat auf allen Gebieten einen wesentlichen Aufschwung genommen, die Arbeitslosenziffer hat sich stark vermindert. Der Kampf gegen die Arbeitslosigkeit wird in wenigen Jahren das erwartete Ergebnis haben und ein anhaltender Aufschwung der deutschen Wirtschaft wird beginnen, „die auch dem Kl. trotz seiner fast völlig verkrüppelten linken Hand Arbeitsmöglichkeit mit einem seinem Einkommen z. B. des Unfalls entsprechenden Verdienst geben wird". Der Kl. wäre auch sonst nicht bis zum 1. März 1970 Kraftdroschkenführer geblieben, sondern hätte später einen anderen Verdienst suchen müssen. Er muß sich auch jetzt umstellen. Bis zum 31. März 1943 wird es ihm möglich sein, diese Umstellung vorzunehmen und den früheren Verdienst zu haben. Sollte das aber nicht so sein, so bleibt dem Kl. der Weg des § 323 ZPO.

Mit Recht erhebt die Rev. gegen diese Erwägungen rechtliche Bedenken.

Einmal durfte das BG. nicht diese Gestaltung des künftigen Einkommens des Kl. in seiner stark verminderten Erwerbsfähigkeit mit seinem Einkommen zur Zeit des Unfalls vergleichen. Es war vielmehr zu prüfen, welches Einkommen der Kl. in gesundem Zustande in der hier in Frage kommenden Zeit gehabt hätte, und wie demgegenüber das Einkommen des Kl. in seinem jetzigen Zustande, der sich nicht bessern wird, sein würde. Bessert sich die Wirtschaftslage wirklich so, wie es das BG. annimmt, dann würde der Kl. ja als gesunder Mann ein erheblich höheres Einkommen als zur Zeit des Unfalls gehabt haben. Der Unterschied dieses Ein-

[6]) JW. 1932, 2870. [7]) JW. 1934, 2233[1]. [8]) JW. 1916, 184.

kommens gegenüber dem verminderten würde der durch den Unfall herbeigeführte Schaden sein. Es müßte also untersucht werden, wie lange der Kl. als gesunder Mann Kraftdroschkenführer geblieben wäre, was er als solcher bei der gehobenen Wirtschaftslage verdient hätte, und was er dann später in einem anderen Berufe als Gesunder verdient hätte. Alsdann müßte weiter geprüft werden, ob auch bei gebesserter Wirtschaftslage und der dadurch geschaffenen Verdienstmöglichkeit der Kl. noch die alte Unfallrente oder eine geminderte haben wird, und ob und inwieweit der oben erörterte und festzustellende Erwerbsunterschied jene Rente übersteigen wird. Die kurze Bemerkung des BU., der Kl. werde bei der gebesserten Wirtschaftslage trotz der verkrüppelten Hand das frühere Einkommen haben, erweckt aber auch den Zweifel, ob das BG. sich dabei bewußt gewesen ist, daß dann die Wirtschaftslage so glänzend sein muß, daß ein zu 50—60% Erwerbsbeschränkter nicht nur eine Beschäftigung finden, sondern auch ebensoviel verdienen wird wie jetzt ein voll Erwerbsfähiger. Falls das BG. das wirklich annimmt, mußte das ganz eingehend begründet werden, da es einen ganz besonderen Geschehensablauf voraussetzen würde.

Diese Erwägungen zeigen schon die großen Schwierigkeiten, die unter den heutigen Umständen der Prüfung entgegenstehen, wie die Wirtschaftslage nach 9 Jahren sein wird. Sie hängt ja auch nicht nur von den tatsächlich sehr entschiedenen und wohl überlegten Maßnahmen der Regierung ab, sondern auch von einer Reihe von anderen Umständen, wie der Wirtschaftslage in anderen Ländern, dem Warenaustausch mit ihnen, der Beschaffung von Rohstoffen, der Bildung von Kapital u. a., die jedenfalls nicht lediglich durch Maßnahmen der Regierung beeinflußt werden. Es liegt daher in der zukünftigen Entwicklung eine so starke Unsicherheit, daß es sehr zweifelhaft sein kann, ob das Gericht sich überhaupt ein ausreichendes und auch nur einigermaßen zuverlässiges Bild davon machen kann. Gewiß wird die Einschätzung der zukünftigen Entwicklung immer eine gewisse Unsicherheit in sich tragen, aber sie wird doch dann vom Gericht vorzunehmen sein, wenn sie nach der Lebenserfahrung und der Lage zur Zeit des Urt. mit einiger Gewißheit möglich ist. Ist das nicht der Fall, so ist eben ein Urt. über die zukünftige Gestaltung der für den Klageanspruch maßgebenden Verhältnisse nicht möglich, es muß dann zunächst nur die Feststellung der Schadensersatzpflicht für die weitere Zukunft, die nicht mehr zu überblicken ist, erfolgen oder, falls sie wie hier schon erfolgt ist, der Betragsanspruch als zur Zeit nicht ausreichend begründet abgewiesen werden, falls das Gericht nicht, was das RG.: JW. 1908, 140, 141 für zulässig erklärt, aber in Fällen der vorl. Art recht bedenklich erscheint, durch eine erhöhte oder verminderte Durchschnittsrente Ausgleich schaffen will. Sache des Kl. ist es dann, diesen Anspruch später zu erheben, wenn der erforderliche Überblick möglich ist (vgl. dazu RG. VI 374/04 v. 2. März 1905, VI 296/04 v. 6. April 1905, VI 290/05 v. 5. April 1906, VI 568/04 v. 21. Sept. 1905, VI 176/07 v. 14. Nov. 1907; RG. 83, 66; JW. 1905, 283[4]; RGRKomm. § 843 Bem. 3b). Wollte man in derartigen Fällen sich doch ein Zukunftsbild machen und denjenigen, dessen Anspruch bei dem angenommenen Zukunftsbilde entfällt, nur auf den Weg des § 323 ZPO., der auch hier wohl an sich zulässig wäre, verweisen, so würde man ihn dadurch in eine ungünstige Lage bringen, denn er müßte nun, um mit seinen Ansprüchen durchzudringen, den schwierigen Beweis führen, daß eine wesentlich andersgestaltete Entwicklung eingetreten ist, als sie das Urt. angenommen hat, während es anderenfalls nur die für seinen Anspruch maßgebenden Verhältnisse selbst darzulegen hätte. Zu erwägen wäre auch, ob es unter solchen Verhältnissen nicht etwa angemessen erscheint, der Entsch. die allgemeine Lage zur Zeit des Urt. zugrunde zu legen, und es dem Bekl. zu überlassen, bei anderer Gestaltung die Klage aus § 323 ZPO. zu erheben. Das angef. Urt. läßt eine durch die Sachlage nahegelegte Prüfung der Sache unter diesen Gesichtspunkten vermissen.

(U. v. 4. Okt. 1934; VI 231/34. — Berlin.) [H.]

<= RG. 145, 196.>

8. § 519b Abs. 2 ZPO. Eheprozeß. Die teilweise Verwerfung der Berufung ist im Ehescheidungsverfahren keine Teil-, sondern eine Zwischenentscheidung. Als solche kann sie nicht mit Beschwerde, sondern gegebenenfalls nur mit Rev. angefochten werden.

Das LG. hat die Ehe der Parteien auf die Scheidungsklage unter Abweisung der Scheidungswiderklage geschieden. Die Bekl. hat Berufung eingelegt. Das von ihr nachgesuchte Armenrecht wurde nur insoweit bewilligt, als die Widerklage abgewiesen worden ist. Die Bekl. hat die von ihr angeforderte Prozeßgebühr nicht bezahlt. Das BG. hat deswegen durch den angef. Beschl. ihre Berufung insoweit als unzulässig verworfen, als sie sich gegen den auf Grund der Klage erfolgten Scheidungsausspruch richtet. Der Beschl. enthält keinen Ausspruch darüber, daß die Beschwerde gegen ihn zugelassen werde (vgl. RG. 108, 383[1]; 143, 135[2]). Eine solche Zulassung durfte auch gar nicht erfolgen. Die im Beschl. erfolgte Verwerfung der Berufung hat infolge der Eigenart des Ehescheidungsverfahrens nicht die Bedeutung einer Teilentscheidung, sondern nur die eines Zwischenentscheides (RG. 135, 15 ff.[3]), insbes. 18). So hat den Beschl. auch das BG. aufgefaßt. Es hat sich an ihn gebunden gehalten und ist demgemäß in eine sachliche Prüfung des Klageanspruchs nicht eingetreten, hat aber in seinem Endurteil v. 3. Okt. 1934 über die Klage und Widerklage entschieden. Enthält hiernach der angef. Beschl. nur eine Zwischenentscheidung, so ist er nach § 519b Abs. 2 ZPO. mit einer Beschwerde überhaupt nicht anfechtbar, da auch gegen ein Urt. gleichen Inhalts die Rev. nicht zulässig wäre. Der Beschl. hätte nach § 548 ZPO. nur mit der Rev. gegen das Endurteil v. 3. Okt. 1934 angefochten werden können, wenn in diesem Urt. die Rev. zugelassen worden wäre, was jedoch nicht geschehen ist.

(Beschl. v. 8. Nov. 1934; IV B 60/34. — Kiel.) [K.]

b) Strafsachen

Berichtet von Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin und Generalstaatsanwalt Dr. Alfred Weber, Dresden

**9. §§ 20a, 42e StGB. Die Voraussetzungen des § 20a StGB. sind getrennter Feststellung und selbständiger Beurteilung nicht fähig und demgemäß auch nicht selbständig anfechtbar. Die Beschränkung der Revision auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist in einem Falle, in dem eine Strafschärfung nach § 20a StGB. erfolgte, rechtlich unwirksam. Sie erfaßt vielmehr rechtsnotwendig den Strafausspruch mit, soweit er auf § 20a StGB. beruht. Die Schuldfrage bleibt dagegen in diesem Falle unberührt.†)

Die Rev. enthält — ohne daß die allgemeine Sachrüge ausdrücklich erhoben oder dem Vorbringen sonst zu entnehmen wäre — hinsichtlich der Schuldfrage Ausführungen nur zum Falle N., in dem der Angekl. wegen Verbrechens gegen § 177 StGB. verurteilt worden ist. Im übrigen wendet sie sich lediglich gegen die Anordnung der Sicherungsverwahrung, weil „die Feststellung, daß der Angekl. trotz der Entmannung nach zwölf Jahren noch zu Gewalttätigkeiten neigen und deshalb eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten werde, im gegenwärtigen Zeitpunkte schlechterdings unmöglich sei". Die hiernach — abgesehen vom Falle N., der für sich getrennter Anfechtung zugänglich wäre — offenbar beabsichtigte

Zu 9. Das RG. erklärt in obiger Entsch. die Beschränkung der Rev. auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Falle der §§ 20a, 42e StGB. für unzulässig und erstreckt die Rev. bei einer derartigen Teilanfechtung auf den gesamten Strafausspruch, soweit er auf § 20a beruht. Zur Begründung verweist das RG. auf die Untrennbarkeit der beiden Erfordernisse, von denen § 42e die Anordnung der Sicherungsverwahrung abhängig macht: die Verurteilung

[1]) JW. 1925, 363. [2]) JW. 1934, 1238. [3]) JW. 1932, 1346.

Beschränkung der Rev. auf die Anordnung der Sicherungsverwahrung ist rechtlich unwirksam, da sie — wenigstens im vorliegenden Falle, in dem die Strafen nach § 20a StGB. geschärft worden sind — rechtsnotwendig den Strafausspruch mit erfaßt, soweit er auf § 20a StGB. beruht.

Im § 42e StGB. wird die Zulässigkeit der genannten Sicherungsmaßnahme an zwei Voraussetzungen geknüpft. Der Täter muß nach § 20a daselbst als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt werden, und die öffentliche Sicherheit muß die Anordnung der Maßnahme erfordern. Die beiden Voraussetzungen stehen gleichwertig nebeneinander. Beide müssen erfüllt sein, damit die Anordnung der Maßnahme gerechtfertigt erscheint. Mag daher die Rev. nur den Mangel der einen beanstanden, so muß dennoch nachgeprüft werden, ob auch die andere in dem angefochtenen Urteil nachgewiesen ist. Denn die gleichwertigen Voraussetzungen für eine einheitliche Maßnahme sind nur einheitlich nachprüfbar. Das würde auch für den Fall gelten, daß die erstgenannte Voraussetzung, wie es nach ihrem Wortlaut scheinen könnte, nur förmlicher Art wäre, es also nur darauf anzukommen hätte, ob der Täter nach § 20a StGB. „verurteilt", d. h. ob die Strafe nach dieser Vorschr. bestimmt wird. Das trifft indessen nicht zu. Wie bereits der 2. StrSen.: RGSt. 68, 295 — allerdings nur mit Beziehung auf § 20a Abs. 1 StGB. — ausgesprochen hat, ist das erwähnte Erfordernis nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die Strafe dieser Vorschr. wirklich entnommen sein muß. Es ist vielmehr, ohne daß dies geschehen ist, auch dann erfüllt, wenn in dem angefochtenen Urteil nur die Grundlagen für die Bestimmung der Strafe aus § 20a Abs. 1 StGB. ausreichend festgestellt, d. h. die förmlichen und sachlichen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Vorschr. nachgewiesen sind. Was nach dieser Rspr. des 2. StrSen. für das Verhältnis des § 42e StGB. zu § 20a Abs. 1 gilt, muß in gleicher Weise für das Verhältnis zu Abs. 2 daselbst gelten, wonach die Verurteilung des Täters als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher gerade auch erfolgen kann, ohne daß die Strafe nach Maßgabe des § 20a Abs. 1 geschärft wird. Die Sicherungsverwahrung kann daher nach dem wahren Sinne jenes ersten Erfordernisses in § 42e nur dann angeordnet werden, wenn die Eigenschaft des Angekl. als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers in der in § 20a StGB. bestimmten Weise rechtlich einwandfrei dargetan ist. Jenes erste Erfordernis ist daher gleichfalls sachlicher Natur, und zwar in dem gleichen Umfang, wie es sein Inhalt im Rahmen des § 20a StGB. ist. Aus dem hiernach ohne weiteres zu beobachtenden engen inneren Zusammenhange zwischen den beiden Voraussetzungen des § 42e StGB. erhellt aber vollends, daß die Nachprüfung (und damit die Rev.) nicht willkürlich auf die eine oder andere beschränkt werden kann, sondern zeigt sich vor allem darin besonders deutlich, daß es für das Vorliegen der beiden Voraussetzungen entscheidend auf die Gefahr ankommt, die von dem Täter ausgeht: Ein Täter, dessen „Gefährlichkeit" i. S. des § 20a StGB. nicht oder nicht ausreichend festgestellt ist, kann schon nach den Denkgesetzen, aber erst recht nicht i. S. des § 42e StGB. eine solche Gefahr für die Volksgesamtheit bilden, daß die „öffentliche Sicherheit" seine Unschädlichmachung für die Zukunft erfordert. Eine derartige Gefahr kann allerdings, auch wenn die vom Gesetz erforderte Gefährlichkeit des Gewohnheitsverbrechers zunächst bestanden hat, nachträglich dadurch als ausgeschlossen erscheinen, daß Umstände — wie z. B. die Besserung durch die Strafverbüßung — eingetreten oder zu erwarten sind, die es unwahrscheinlich oder nicht hinreichend wahrscheinlich machen, daß der Täter wieder straffällig werde, d. h. es kann zwar eine genügende tatsächliche Grundlage für die Strafschärfung, nicht aber für die Anordnung der Sicherungsverwahrung vorliegen. Allein auch solchenfalls können die Gefährlichkeit des Täters und die daraus für die Allgemeinheit sich ergebende Gefahr nur von einer einheitlichen Betrachtung aus beurteilt werden. Zum mindesten ist die Bewertung der Gefährlichkeit des Täters dem Grade nach entscheidend dafür, welcher Einfluß jenen nachträglichen Umständen, denen der Täter durch sein Rechtsmittel Geltung verschaffen will, bei der Abwägung der Größe jener Gefahr beigemessen werden kann. Nicht selten werden sie gerade wegen der ganz besonderen Gefährlichkeit des Täters bedeutungslos bleiben. Auch in diesen Fällen wäre demnach eine sachgemäße Entsch. über die vom Täter unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit drohende Gefahr ohne eine dem Gesetz entsprechende Feststellung über seine Gefährlichkeit schlechthin nicht denkbar.

Erstreckt sich hiernach der RevAngriff gegen das eine Merkmal des § 42e StGB. von selbst auch auf das andere dort bestimmte Erfordernis (und umgekehrt), und deckt sich das eine davon mit den förmlichen und sachlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Strafschärfung nach § 20a, so kann die Nachprüfung rechtsnotwendig nicht auf eine der mehreren in ein und demselben Urteil davon abgeleiteten Rechtsfolgen beschränkt werden. Der Fall ist nicht anders zu behandeln als der — rechtlich allerdings auf einem anderen Gebiete, aber doch ähnlich liegende — Fall, daß durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt werden. Wie dann nach ständiger Rspr. des RG. das Rechtsmittel und die Nachprüfung nicht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt beschränkt werden können, ist das auch hier hinsichtlich der von weitgehend übereinstimmenden Grundlagen abgeleiteten verschiedenen Rechtsfolgen nicht möglich. Kann hiernach beim Fehlen eines und desselben Merkmals, auf das sich nach der gesetzlichen Regelung die Strafschärfung und die Anordnung der Sicherungsverwahrung gleichermaßen stützen, die letztere nicht bestehen bleiben, wenn wegen jenes Mangels die erstere beseitigt werden muß, so geht es auch nicht an, wegen eines beide betreffenden Mangels das angefochtene Urteil nur hinsichtlich der Sicherungsverwahrung zu beanstanden, die zu Unrecht vorgenommene Strafschärfung aber bestehen zu lassen, selbst wenn sich der Verurteilte damit abgefunden haben sollte.

Gegen diese Rechtsauffassung kann nicht eingewendet werden, § 20a betreffe die Strafe unmittelbar, während sich die Sicherungsverwahrung nach § 42e als eine Maßnahme polizeilicher Natur darstelle. Ob das letztere im vollen Umfang zutrifft, kann dahinstehen. Denn jedenfalls kann auch sie nur von den Gerichten und nur unter den Garantien eines gerichtlichen Verfahrens angeordnet werden. Ferner aber ist ihre Zulässigkeit, ebenso wie die der Strafschärfung, an die Feststellung von Tatbestandsmerkmalen ähnlichen Voraussetzungen, die teilweise sogar dieselben sind, geknüpft, so daß kein Grund ersichtlich ist, der eine andere Beurteilung hin-

---

als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher und die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit. Beide Erfordernisse sind wesensverwandt und durchdringen sich gegenseitig, denn bei beiden kommt es entscheidend auf die Gefahr an, die von dem Täter ausgeht. Ist seine Gefährlichkeit i. S. des § 20a nicht ausreichend festgestellt, so kann er nicht so gefährlich sein, daß die öffentliche Sicherheit durch ihn bedroht wird.

Die Feststellung seiner Gefährlichkeit i. S. des § 20a kann aber nicht nur auf der formalen Voraussetzung seiner Verurteilung gem. § 20a beruhen, sondern ist entscheidend auch davon abhängig, ob die sachlichen Voraussetzungen, die die Eigenschaft des Täters als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers ergeben, ausreichend festgestellt sind. Beide Voraussetzungen i. S. des § 42e sind mithin sachlicher Natur und wegen ihrer inneren Abhängigkeit voneinander getrennter Beurteilung nicht fähig. Der Revisionsangriff auf die eine Voraussetzung des § 42e muß rechtsnotwendig auch die Nachprüfung der anderen und damit auch notwendig die gleichzeitige Nachprüfung beider Rechtsfolgen — Anordnung der Sicherungsverwahrung und Strafschärfung gem. § 20a — im Gefolge haben.

Das RG. läßt hierbei offen, ob sich bei einem Urteil, das nur hinsichtlich der Sicherungsverwahrung angefochten ist, die Aufhebung auch dann auf den Strafausspruch erstrecken müßte, wenn die Strafschärfung aus § 20a unterblieben ist, sei es daß dies entgegen der Vorschrift des § 20a Abs. 1 irrtümlich geschehen ist, sei es daß das Gericht im Rahmen seiner Befugnis aus § 20a Abs. 2 von der Strafschärfung abgesehen hat. Ein Bedürfnis zur Aufhebung des Strafausspruchs dürfte in diesen Fällen kaum bestehen, da ja die Strafe nicht nach der Eigenschaft des Täters als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers bemessen worden ist.

Daß die Anfechtung nicht über den Strafausspruch hinaus auch die Schuldfrage berührt, wird vom RG. weiterhin in überzeugenden Ausführungen dargelegt.

StAR. Dr. Richter, Berlin.

sichtlich der Handhabung im gerichtlichen Verfahren gebieten oder rechtfertigen könnte.

Die teilweise in RGSt. 68, 176[1]) abgedr. Entsch. des als 4. StrSen. fortbestehenden damaligen 6. StrSen. und die in RGSt. 68, 297[2]) zum Abdruck gelangte Entsch. des FerSen., in denen die Aufhebung des angefochtenen Urteils mit Beschränkung auf die Sicherungsverwahrung ausgesprochen wurde, binden den erk. Sen. in seiner Rechtsansicht schon deswegen nicht, da sie sich nur mit der Übergangsvorschrift in Art. 5 Nr. 1 GewohnhVerbrG. befassen, wo die Rechtslage naturgemäß eine andere ist, ganz abgesehen davon, daß eine solche Bindung hinsichtlich der Entsch. des FerSen. an sich nicht bestehen könnte.

Ob sich die Aufhebung bei einem Urteil, das nur hinsichtlich der Sicherungsverwahrung angefochten ist, auf den Strafausspruch auch dann erstrecken müßte, wenn die Strafschärfung aus § 20a StGB. unterblieben ist, steht hier nicht zur Entsch., da im vorliegenden Falle die Strafschärfung tatsächlich vorgenommen wurde.

Über den Strafausspruch reicht dagegen die Anfechtung nicht hinaus. Die Schuldfrage (im eigentlichen Sinne) bleibt davon unberührt. Anders wäre es, wenn § 20a StGB. einen Umstand begründen würde, der entweder verfahrensrechtlich zur Schuldfrage gehört, oder sachlich-rechtlich nicht von ihr losgelöst festgestellt und beurteilt werden könnte. Beides ist nicht der Fall.

Nach § 263 Abs. 2 StPO. begreift zwar die Schuldfrage auch solche von dem Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen. Im weiteren Sinne könnten darunter alle Umstände begriffen werden, die zu einer höheren Strafe für den Täter führen. In diesem weiteren Sinne ist die genannte Vorschr. jedoch nicht zu verstehen. Das ergibt sich daraus, daß nach Abs. 3 die Voraussetzungen des Rückfalls als nicht zur Schuldfrage gehörig ausgenommen werden. Der tiefere Grund hierfür ist darin zu finden, daß beim Rückfall nicht ein Merkmal der Handlung in Frage steht, sondern eine persönliche Eigenschaft des Täters (RGSt. 2, 262), eine selbständige Tatsache, die äußerlich zu der Handlung des Täters hinzutritt (vgl. RGSt. 32, 310). Unter § 263 Abs. 2 StPO. fallen also nach dem Willen des Gesetzgebers die genannten Umstände nur, wenn sie zum gesetzlichen Tatbestand als solchem gehören. Bei den Umständen, die nach dem bisherigen Recht als straferhöhend i. S. der in Rede stehenden Vorschr. angesehen wurden, trifft das auch durchweg zu, indem die Erhöhung der Strafbarkeit entweder durch eine besonders schwere Folge der Handlung des Täters oder durch ein von seinem Vorsatz umfaßtes zusätzliches Tatbestandsmerkmal oder durch ein bestimmtes Wollen, einen bestimmten Beweggrund des Täters zur Tat begründet wird. Auch für die Gewohnheitsmäßigkeit im bisherigen Sinne (vgl. §§ 180, 260, 302d, 302e StGB.) gilt nichts anderes. Denn auch dieses Merkmal ist immer in engste Beziehung zu der Begehung der Handlung und damit zur Handlung selbst gesetzt, wenn es auch nicht vom Vorsatz mitumfaßt zu sein braucht, ganz abgesehen davon, daß es wegen dieser engen Beziehung zur Handlung alle mit ihm zusammenhängenden Einzelbetätigungen der gleichen Art zur rechtlichen Einheit verbindet. Mit diesen bisher dem Gesetz bekannten Fällen von straferhöhenden Umständen hat § 20a StGB. nichts gemein. Er begründet kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal. Die erhöhte Strafbarkeit ist dort davon abhängig gemacht, daß der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher „ist", nicht davon, daß die Handlung gewohnheitsmäßig begangen ist. Ganz ähnlich wie beim Rückfall kommt es also lediglich auf die selbständige Tatsache an, ob dem Täter ein bestimmter Zustand, eine seelische Eigenschaft innewohnt, die in ihm immer wieder den Vorsatz zur Begehung von Straftaten hervorruft, und ihn deswegen besonders gefährlich erscheinen läßt. Die Täterpersönlichkeit und ihre Gefährlichkeit sind es also in Wirklichkeit, die den Grund für die Strafschärfung abgeben. Beides kann aber unabhängig von dem äußeren und inneren Tatbestand der im einzelnen Fall begangenen Straftat, des ursprünglich verletzten Strafgesetzes gewertet werden. Dem steht nicht entgegen, daß die Straftat in jener Eigenschaft des Täters ihre letzte Ursache haben und ihr eigentümliches Kennzeichen sein muß, wenn die Strafschärfung erfolgen soll. Denn die Straftat als solche bleibt sich in ihren tatbestandsmäßigen Voraussetzungen, was den äußeren wie den inneren Tatbestand anlangt, völlig gleich, mag der Täter ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sein oder nicht; insbes. bleibt die für die Verwirklichung des Tatbestands des verletzten Strafgesetzes verlangte Schuld dieselbe. Der Vorsatz wird nicht etwa erweitert, und es kann keine Rede davon sein, daß der Täter mit dem Bewußtsein handeln müßte, er sei ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher. All das folgt auch daraus, daß die Eigenschaft des gefährlichen Gewohnheitsverbrechers nicht etwa durch Untersuchung der einen gerade zur Aburteilung stehenden Tat, sondern von mindestens drei Taten festzustellen ist, und daß von diesen im Falle des § 20a Abs. 1 mindestens zwei bereits rechtskräftig abgeurteilt sein müssen und im Falle des § 20a Abs. 2 ebenso viele bereits rechtskräftig abgeurteilt sein können, in ihrem äußeren und inneren Tatbestand sonach bereits feststehen. Nach der Übergangsvorschrift in Art. 5 Nr. 2 GewohnhVerbrG. ist jene Feststellung — wenn auch nicht für die Zwecke der Strafschärfung — sogar möglich, obwohl die drei Taten bereits rechtskräftig abgeurteilt sind. Muß man demnach die Voraussetzungen des § 20a StGB. als getrennter Feststellung und selbständiger Beurteilung für fähig erachten, so ergreift ein Mangel hierin nicht notwendig die Schuldfeststellungen und es kann die Aufhebung des angefochtenen Urteils darauf beschränkt werden. Demgemäß ist auch eine solche Beschränkung des Rechtsmittels zuzulassen.

Mit der hier vertretenen Auffassung steht es nicht in Widerspruch, wenn die Verfasser des Erläuterungsbuches zum GewohnhVerbrG. von Schäfer-Wagner-Schafheutle (Bem. 56) darauf hinweisen, der Gesetzgeber habe mit der Strafschärfung in § 20a StGB. und ihren Voraussetzungen den Leitsatz „Strafe nur nach Maßgabe der Schuld" nicht preisgeben, ihm vielmehr gerade auch durch die Strafschärfung des § 20a Geltung verschaffen wollen. Denn ersichtlich ist dort der Begriff „Schuld" in einem viel weiteren Sinne zu verstehen, als dem der tatbestandsmäßigen Schuldform des „konkreten" Falles, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber in diesen Schuldbegriff im weiteren Sinne nicht auch Elemente sollte einschließen können, die von der erwähnten Schuldform unabhängig festzustellen sind und eine Straferhöhung zur Folge haben. Anders wäre jener Leitsatz bereits beim Rückfall und überall da verlassen, wo die Straferhöhung an das Vorliegen eines „besonders schweren Falles" anknüpft. Denn auch in diesen Fällen handelt es sich um Elemente der „Schuld", obgleich über die Möglichkeit, sie unabhängig von der für die Verwirklichung des gesetzlichen Straftatbestandes erforderlichen Schuld festzustellen, kein Zweifel herrscht (für den „besonders schweren Fall" vgl. Urt. 1 D 254/34[3])). Es läßt sich aber nicht leugnen, daß § 20a StGB. nur eine Erweiterung des Gedankens darstellt, der dem Rückfall für die Strafbestimmung eine besondere Bedeutung zulegt, wie denn überhaupt dem „besonders schweren Fall", dem Rückfall und dem § 20a StGB. sicher das eine gemeinsam ist, daß sie sich als durch die Anknüpfung an tatbestandsmerkmalähnliche Voraussetzungen besonders ausgestaltete Strafbestimmungsgründe darstellen, bei deren Vorliegen der Gesetzgeber den Richter durch einen schweren Strafrahmen bindet.

Übrigens müßte man, wenn man die Auffassung vertreten wollte, jener Schuldbegriff im weiteren Sinne dürfe eine Aufspaltung durch die getrennte Beurteilung seiner Elemente nicht erfahren, folgerichtig auch dazu kommen, die Trennung der Schuld- und Straffrage überhaupt abzulehnen, da die letztere regelmäßig von Umständen abhängig ist, die zur Schuld des Täters im engeren und im weiteren Sinne gehören, und die letzteren regelmäßig erst zum Zwecke der Strafzumessung festgestellt werden.

Die Erhöhung der Strafbarkeit ist im Falle des § 20a StGB., wie dargelegt, durch eine bestimmte Eigenschaft der

[1]) JW. 1934, 2055. [2]) JW. 1934, 2690[6].

[3]) JW. 1934, 2067.

Täterpersönlichkeit als solche, nicht aber durch eine tatbestandsmäßige Verbindung dieser Eigenschaft mit der strafbaren Handlung veranlaßt. Daraus folgt, daß die Strafschärfung nur den Täter treffen kann, bei dem die Eigenschaft festgestellt wird. Aus § 50 StGB. (vgl. Schäfer-Wagner-Schafheutle a. a. O. Bem. 54) kann daher für die vorliegende Frage jedenfalls Gegenteiliges nicht abgeleitet werden.

Nun ist allerdings in RGSt. 68, 176[1]) ausgesprochen, daß nach § 265 Abs. 2 StPO. verfahren werden müsse, wenn für den Angekl. und seinen Verteidiger bis zur Hauptverhandlung nicht erkennbar war, daß das Gericht den Angekl. als einen „gefährlichen Gewohnheitsverbrecher" ansehen und damit „einen die Strafbarkeit erhöhenden Umstand" für nachgewiesen erachten werde. Die hier zu treffende Entsch. kann dadurch aber nicht beeinflußt werden. Denn abgesehen davon, daß jene Entsch. sich wiederum nur auf die Regelung in Art. 5 Nr. 1 Ges. v. 24. Nov. 1933 bezieht und schon deswegen den erk. Sen. nicht binden würde, liegen die Fälle des § 265 Abs. 2 und des § 263 Abs. 2 StPO. keineswegs gleich, wie sich daraus ergibt, daß der Begriff des straferhöhenden Umstandes i. S. der ersteren Vorschr. den Rückfall einschließt, während dies im letzteren Falle nach Abs. 3 ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Zur Schuldfrage ist hiernach das Urteil der Vorinstanz nur im Falle N. nachzuprüfen. Der Angriff der Rev. muß insoweit jedoch vergeblich bleiben. § 177 StGB. enthält zwei in sich selbständige, aber unter sich gleichwertige Ausführungsarten einer und derselben Straftat, die keinen verschiedenen Tatbestand begründen und im Gesetze mit der gleichen Strafe bedroht sind. Damit sind die Voraussetzungen erfüllt, unter denen in der Rspr. des RG. eine Verurteilung auf Grund einer Wahlfeststellung zugelassen wird.

(5. Sen. v. 1. Okt. 1934; 5 D 70/34.) [W.]

10. §§ 61, 303 Abs. 3 StGB. Berechtigt zum Strafantrage wegen Sachbeschädigung ist der Mieter der beschädigten Sache auch dann, wenn sie zur Zeit ihrer Beschädigung einem Untermieter überlassen war.

Nach den Feststellungen des LG. gehörte die eingeschlagene Fensterscheibe zur Mietwohnung der Frau L. Durch das Einschlagen des Fensters ist die Frau L. in ihrem Mietsbesitz und in der mietweisen Benutzung der Wohnung beeinträchtigt worden, zu der das beschädigte Fenster gehörte, mag auch das betroffene Zimmer untervermietet gewesen sein; sie ist durch das Einschlagen des Fensters auch insoweit betroffen worden, als sie kraft des Mietvertrags für den Zustand der Mietwohnung gegenüber dem Vermieter weitgehend verantwortlich ist. Sie war daher als Verletzte zum Strafantrage — neben dem Hauseigentümer und neben ihrer Untermieterin — berechtigt (RG. Rspr. 6, 766; RGSt. 1, 306; 63, 76; 65, 357).

(1. Sen. v. 2. Nov. 1934; 1 D 1090/34.) [Hn.]

11. § 263 Abs. 4 StGB. Der Umstand, daß sich ein Betrug gegen das Vermögen des Reichs richtet, macht ihn nicht ohne weiteres zu einem besonders schweren Fall.

An sich ist die Entsch. darüber, ob ein „besonders schwerer" Fall vorliegt, dem Ermessen des Tatrichters überlassen. Das Gesetz hebt nur beispielsweise bestimmte Umstände hervor, die den Fall zu einem besonders schweren machen. Ein solcher Erschwerungsgrund ist u. a. dann gegeben, „wenn die Tat das Wohl des Volkes geschädigt hat". Würde die StrK. eine solche Schädigung allein deshalb annehmen, „weil das Vermögen des Reichs geschädigt worden sei", so könnte dem nicht beigepflichtet werden. Der Umstand, daß sich eine Tat gegen das Vermögen des Reichs richtet, macht sie nicht ohne weiteres zu einer „besonders schweren". Das Urt. führt jedoch weiter aus, „die Schädigung des Volkswohls liege darüber hinaus darin, daß sich der Angekl. Geldmittel des Reichs zugeführt habe, die für die Arbeitsbeschaffung bestimmt gewesen seien", und daß „durch sein Verhalten zu einem Teil die geplante Arbeitsbeschaffung verhindert worden sei". Hiernach sieht die StrK. den besonderen Erschwerungsgrund nicht so sehr darin, daß sich die strafbaren Handlungen gegen das Vermögen des Reichs im allgemeinen gerichtet hätten, als vielmehr darin, daß es sich um Geldmittel gehandelt habe, die gerade zu dem sehr wichtigen Zweck der Arbeitsbeschaffung bereitgestellt worden seien. Ersichtlich geht die StrK. dabei auch von der Erwägung aus, daß die ganze Einrichtung des Reichszuschusses, durch die der notleidenden Wirtschaft zum Nutzen der Allgemeinheit Hilfe gebracht werden solle, in den Augen der Volksgenossen herabgesetzt würde, wenn sie, wie hier, zu eigennützigen, betrügerischen Zwecken mißbraucht werde. Da der verbrecherische Wille des Angekl., wie das angef. Urt. weiter feststellt, gerade auf diesem Gebiet mit „besonderer Stärke" und in „großem Umfang" zutage getreten ist, läßt sich die Annahme einer „Schädigung des Wohles des Volkes" in keiner Weise beanstanden.

(3. Sen. v. 8. Nov. 1934; 3 D 976/34.) [W.]

****12.** § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB.

1. Nicht jeder Verstoß gegen die förmlichen Vorschriften der Bilanz macht die Bilanz ohne weiteres sachlich unrichtig oder bewirkt eine Verschleierung des Standes der Verhältnisse der Gesellschaft. Eine Bilanzverschleierung liegt vor, wenn sich für einen Bilanzkundigen die Verhältnisse nicht oder doch nur schwer aus der Bilanz erkennen lassen.

2. Für die Begehung einer Straftat i. S. von § 314 Abs. 1 Ziff. 1 HGB. in fortgesetzter Handlung ist ein auf die stoßweise Verwirklichung eines bestimmten Gesamterfolges gerichteter Gesamtvorsatz erforderlich.

Dem Angekl., einem Generaldirektor einer AktG., wird ein fortgesetztes Vergehen gegen § 314 HGB. zur Last gelegt.

Die Aktiva und Passiva der Jahresbilanz 1926 bilanzierten noch mit einem Verlust von 198 770,92 *RM*. Ferner ergab das Jahr 1928 einen bilanzmäßigen Verlust von 654 477,58 *RM* und das Jahr 1929 einen solchen von 1 058 343,07 *RM*.

Die genannten Verlustzahlen sind aber in den betreffenden Bilanzen nicht enthalten. Vielmehr hat der Angekl. in der Bilanz des Jahres 1926 auf der Passivseite den Posten Reservefonds, der im Jahre zuvor mit 1 015 750 *RM* in der Bilanz gestanden hatte, um den Jahresverlust von 198 770,92 *RM* auf 816 979,08 *RM* ermäßigt. Dadurch glichen sich die beiden Seiten der Bilanz aus. Die Gewinn- und Verlustrechnung des Jahres erhielt ihren Ausgleich dadurch, daß im Haben als letzter Posten ein „Übertrag von Reservekonto" in Höhe von 198 770,92 *RM* eingesetzt wurde.

In gleicher Weise verfuhr der Angekl. bei Aufstellung der Bilanz für das Jahr 1928 mit dem bilanzmäßigen Verlust von 654 477,58 *RM*. Dadurch ermäßigte sich das Reservekonto auf 162 501,50 *RM*.

Dieser Rest auf dem Reservekonto genügte nicht mehr, um den ganzen Verlust des Jahres 1929 in Höhe von 1 058 343,07 *RM* auszugleichen. Es befindet sich daher nach vollständiger Löschung des Reservekontos in der Bilanz für das Jahr 1929 auf der Aktivseite ein Posten Verlust in Höhe von 895 841,57 *RM*.

In den Geschäftsberichten der Jahre 1926, 1928 und 1929 ist der Verlust genannt; eine durch die Geschäftsberichte begangene Verschleierung hat die StrK. nicht angenommen. Dagegen hat sie Verstöße des Angekl. i. S. des § 314 Nr. 1 HGB. darin gesehen, daß in den Bilanzen für die Jahre 1926, 1928 und 1929 der in den einzelnen Jahren jeweils eingetretene Verlust unter Verletzung der Vorschr. in § 261 Ziff. 6 a. F., § 261 a Abs. 2 n. F. HGB. nicht gesondert ausgewiesen sei; diese „unrichtigen" Bilanzen seien „Verschleierungen" i. S. von § 314 Nr. 1 HGB. Der Angekl. habe wissentlich gehandelt, da er die Bilanzbestimmungen des § 261 a. F. HGB. gekannt habe.

Hierzu ist zu sagen: Der Reingewinn oder Reinverlust

[1]) JW. 1934, 2055.

des Jahres ist am Schlusse der Bilanz auszuweisen. Reingewinn und Reinverlust ist nicht wesensgleich mit Betriebsgewinn und Betriebsverlust. Der Reingewinn errechnet sich aus dem Gewinn des eigentlichen Geschäftsbetriebs zuzüglich insbes. des Buchgewinns aus der Auflösung von Reserven und des der Gesellschaft zustehenden Anteils am Gewinn anderer Unternehmungen, dagegen abzüglich der in die Reserven gewiesenen Beträge und der an andere Unternehmungen zu überweisenden Gewinnanteile. Für den Reinverlust gilt Entsprechendes. Ob die Verminderung des Verlustes durch Ausbuchung eines Reservefonds zulässig ist, hängt davon ab, ob es sich um die Heranziehung des gesetzlichen oder eines freiwilligen Reservefonds handelt. Freiwillige — offene oder versteckte — Reserven können in der Bilanz zur Verlustdeckung verwendet werden. Dagegen ist die Verminderung des Verlustes durch Ausbuchung des gesetzlichen Reservefonds unzulässig. Nach § 262 HGB. hat die Verwendung des gesetzlichen Reservefonds zur Deckung des sich aus der Bilanz ergebenden Verlustes zu erfolgen. Diese Best. setzt voraus, daß der Verlust zuvor in der Bilanz ausgewiesen ist.

Daß die Bilanzen der Jahre 1926, 1928 und 1929 hinsichtlich der gesonderten Ausweisung der Verluste der Vorschr. des § 261 Ziff. 6 a. F. HGB. nicht entsprochen hätten, hat sonach die StrK. nur dann mit Recht angenommen, wenn — was aus dem Urt. nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist — der ganze Reservefonds in der Gesamthöhe von 1015750 *RM* gesetzlicher Reservefonds war. Andernfalls würde sich der Verstoß auf den Teilbetrag beschränken, der den gesetzlichen Reservefonds darstellt.

Wenn die StrK. aber weiter davon ausgeht, daß eine Bilanz, die unter Verletzung der Vorschr. des § 261 Ziff. 6 HGB. den Verlust nicht gesondert ausweist, „unrichtig" sei und ohne weiteres eine Verschleierung enthalte, und daraus schließt, daß, wer bei Aufstellung der Bilanz wissentlich gegen § 261 Ziff. 6 verstoße, sich ohne weiteres auch wissentlich eines Vergehens gegen § 314 Ziff. 1 HGB. schuldig mache, so ist diese Auffassung rechtsirrig. Nicht jeder Verstoß gegen die förmlichen Vorschr. über die Gliederung der Bilanz macht die Bilanz ohne weiteres sachlich unrichtig oder bewirkt eine Verschleierung des Standes der Verhältnisse der Gesellschaft. Es muß vielmehr zwischen formell unrichtigen und materiell unrichtigen Bilanzen unterschieden werden. Der Stand der Verhältnisse der Gesellschaft wird in der Bilanz verschleiert, wenn er darin so dargestellt wird, daß sich die Verhältnisse nicht oder doch nur schwer erkennen lassen (vgl. RGSt. 37, 434, 435). Dabei ist naturgemäß auch hier von einem bilanzkundigen Leser auszugehen. Das LG. hätte sich daher der Untersuchung nicht entziehen dürfen, ob sich für einen bilanzkundigen Leser aus der Bilanz nebst der dazu gehörigen Gewinn- und Verlustrechnung die Verhältnisse der Gesellschaft nicht oder doch nur schwer erkennen lassen. Nur bei Bejahung dieser Frage konnte der äußere Tatbestand der Verschleierung festgestellt werden. Das hat das LG. verkannt. Durch diesen Rechtsfehler können auch die Feststellungen zum inneren Tatbestand beeinflußt sein.

Die StrK. hat fünf Verstöße gegen § 314 Nr. 1 HGB. festgestellt und ferner angenommen, daß diese fünf Verstöße als Teile einer fortgesetzten Handlung anzusehen seien; denn das Verhalten des Angekl. bei Aufstellung der Bilanz für 1926 lasse erkennen, daß er den Entschluß gefaßt habe, auf jede Weise und selbst unter Gesetzesverletzungen die Lage der Gesellschaft günstiger darzustellen als er durfte. Auf Grund dieses Entschlusses habe er die Straftaten begangen. Gegen diese Begründung bestehen rechtliche Bedenken. Die mehrfach unwahre Darstellung oder Verschleierung in der Bilanz des Jahres 1926 stellt nur eine Straftat i. S. des § 314 Nr. 1 HGB. dar. Im übrigen ist die Begehung einer Straftat i. S. des § 314 Nr. 1 HGB. in fortgesetzter Handlung an sich rechtlich nicht ausgeschlossen. Hierzu genügt aber nicht ein allgemeiner Entschluß, wie ihn die StrK. festgestellt hat, es ist vielmehr ein auf die stoßweise Verwirklichung eines bestimmten Gesamterfolges gerichteter Gesamtvorsatz erforderlich (RGSt. 66, 236, 239). Ein solcher ist nicht festgestellt. Vielmehr bedeutet der von der StrK. festgestellte Entschluß des Angekl. nichts anderes, als einen ganz allgemeinen Entschluß, je nach Lage der Verhältnisse eine Straftat des § 314 Nr. 1 HGB. gegebenenfalls immer wieder erneut zu begehen.

(3. Sen. v. 15. Okt. 1934; 3 D 1357/33.) [L.]

<= RGSt. 68, 346.>

**13. §§ 212, 270 StPO.; Teil 6 Kap. I § 4 Abs. 2 NotVO. v. 6. Okt. 1931 (RGBl. 563). Ist eine wegen Vergehens vor dem SchöffG. im Schnellverfahren angeklagte Person nach erfolgtem Hinweis gemäß § 265 StPO. wegen Verbrechens, für das dem SchöffG. die Zuständigkeit fehlte, verurteilt und auf ihre Revision hin die Sache unter Aufhebung des ergangenen Urteils an die große Strafkammer verwiesen worden, so ist ein derartiger Verweisungsbeschluß als Eröffnungsbeschluß anzusehen.†)

Am 13. März 1934 fand gegen den Angekl. auf Wunsch der StA. Hauptverhandlung vor dem SchöffG. im Schnellverfahren statt. Nach dem Protokoll hat die StA. ihn angeklagt, zu K. in den Jahren 1933 und 1934 fortgesetzt handelnd als Beamter ihm amtlich zugängliche Urkunden verfälscht und durch weitere fortgesetzte Handlungen als Beamter Gelder, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen hat, unterschlagen zu haben, Vergehen gegen §§ 348, 350, 74 StGB. Der Angekl. gab die Beschuldigung zu. Er wurde darauf hingewiesen, daß er auch aus §§ 349, 351 StGB. bestraft werden könne. Das SchöffG. verurteilte dann den Angekl. wegen fortgesetzter gewinnsüchtiger Urkundenfälschung in Tateinheit mit Diebstahl und wegen Amtsunterschlagung nach §§ 348, 349, 242, 350, 351, 73, 74 StGB. zu einer Zuchthaus- und zu einer Geldstrafe. Gegen dieses Urt. legte der Angekl. die Wahlrev. ein und rügte u. a. Verletzung des prozessualen Rechts, indem er ausführte, die Sache habe vor die große StrK. gehört und nicht vor das SchöffG. Das OLG. D. erkannte: „Das angef. Urt. wird mit seinen tatsächlichen Feststellungen aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an die große StrK. des LG. K. zurückverwiesen, die auch über die Kosten der Rev. zu entscheiden hat." In den Gründen des Urt. wird ausgeführt, das SchöffG. sei hier nicht zuständig gewesen. Stelle es sich im Schnellverfahren gem. § 212 StPO. heraus, daß der Angekl. sich einer Handlung schuldig gemacht habe, zu deren Aburteilung das SchöffG. nicht zuständig sei, so müsse es sich

---

Zu 13. Erkennt das Gericht im Laufe der Hauptverhandlung, daß die Sache zur Verhandlung im Schnellverfahren nicht geeignet ist, so kann es sie, solange noch kein Urt. erlassen ist, gem. § 4 Abs. 2 Kap. 1 Teil 6 NotVO. v. 6. Okt. 1931 an die Staatsanwaltschaft zurückverweisen. Zunächst muß aber in die Hauptverhandlung eingetreten werden; das ist aus dem Schlußsatze der fraglichen Vorschr. zu entnehmen, wonach im Falle der Zurückverweisung die öffentliche Klage als nicht erhoben gilt. § 270 StPO. bestimmt, daß, wenn sich nach dem Ergebnis der Verhandlung die dem Angekl. zur Last gelegte Tat als eine die Zuständigkeit des Gerichts überschreitende darstellt, das Gericht seine Unzuständigkeit auszusprechen und die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen hat. Die Frage, in welchem Abschnitt der Hauptverhandlung die Verweisung zu erfolgen hat, beantwortet die Entsch. RGSt. 64 Nr. 63 dahin, daß dies zu geschehen hat, sobald sich in der Verhandlung ein die höhere Zuständigkeit begründender Verdacht ergibt. Während es sich mithin im § 4 Abs. 2 VO. um eine „Kann"vorschrift handelt, stellt § 270 StPO. eine Mußvorschrift dar. Die Erhebung einer schriftlichen Anklage und der Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses sind im regelmäßigen Verfahren Prozeßvoraussetzungen für die Urteilsfällung, sog. Urteilsvoraussetzungen. Ihr Nichtvorhandensein ist in allen Instanzen von Amts wegen zu beachten und muß zur Einstellung des Verfahrens führen (vgl. RGSt. 24, 64, 66; 31, 100, 104; 65, 250). Die Erhebung einer mündlichen Anklage in der Hauptverhandlung genügt nicht, wenn die Einreichung einer Anklageschrift vorgeschrieben ist (RGSt. 67, 59 f. = JW. 1933, 611). Es ist also die mündliche Erhebung der Anklage vor der großen Strafkammer für unzulässig zu erachten. Trifft, wie hier, das Fehlen eines ordnungsmäßigen Eröffnungsbeschlusses mit dem Nichtvorliegen einer schriftlichen Anklage zusammen, so mangelt es an jeder Grundlage eines geordneten Verfahrens, und es könnte selbst eine ausdrückliche Verzichtserklärung des Angekl. oder seines Ver-

gem. §§ 6, 270 StPO. für unzuständig erklären und die Sache an das zuständige Gericht höherer Ordnung verweisen. Außerdem sei das Schnellverfahren in Sachen, die vor die große StrK. gehörten, unzulässig. Der StrSen. macht dann noch sachliche Hinweise für das auf Grund einer Hauptverhandlung vor der StrK. zu fällende Urt. Vor der großen StrK. fand dann am 28. Juni 1934 die Hauptverhandlung statt. Ausweislich der Sitzungsniederschrift sind die Formeln der Urt. des SchöffG. und des OLG. verlesen worden und der wesentliche Inhalt dieser Urt. vorgetragen worden. Nach Vernehmung zweier Zeugen wurde von der Vernehmung weiterer Zeugen allseitig Abstand genommen. Der Angekl. wurde darauf hingewiesen, daß er wegen fortgesetzten Verbrechens nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. in Tateinheit mit Amtsunterschlagung nach §§ 350, 351 StGB., mit Diebstahl nach § 242 StGB. und in teilweiser Tateinheit mit Betrug nach §§ 263, 73 StGB. bestraft werden könne, und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben.

Darauf wurde das Urt. verkündet: „Der Angekl. wird wegen fortgesetzten Verbrechens nach §§ 348 Abs. 2, 349 StGB. in Tateinheit mit schwerer Amtsunterschlagung, Betrug und Diebstahl zu einem Jahre Zuchthaus und zu einer Geldstrafe von 50 (fünfzig) *RM*, hilfsweise zu einem Tag Zuchthaus, sowie in die Kosten des Verfahrens, verurteilt." In den Gründen des Urt. heißt es, die StrK. glaube, nach Verweisung der Sache an sie, verhandeln zu können, ohne daß es der Nachholung einer ordentlichen Anklage durch die StA. und einer Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens bedürfe. Durch die Verweisung der Sache an die StrK. „zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung", sei die Sache vor der StrK. ohne weiteres zum Zwecke der Verhandlung anhängig geworden. Dies müsse um so eher gelten, als das OLG. in der Frage der Eröffnung des Hauptverfahrens (bei sofortiger Beschwerde gegen die Ablehnung der Eröffnung) das der StrK. übergeordnete Gericht sei. Durch die Erhebung der Anklage im Schnellverfahren, durch die Verhandlung vor dem SchöffG. v. 13. März 1934, durch das Urt. des SchöffG. und das des OLG. sei der Tatsachenzusammenhang, der der StrK. zur Entsch. vorliege, in einer für alle Prozeßbeteiligten genügend klaren Weise umschrieben und festgelegt. Auf Grund des die Verweisung der Sache an die StrK. aussprechenden Urt. des OLG. stehe fest, welche Tat den Gegenstand der Urteilsfindung der StrK. bilden solle. Es erscheine deshalb der StrK. als übertriebener Formalismus, das Verfahren dadurch noch länger hinauszuziehen, daß man die Sache der StA. zwecks Erhebung einer ordentlichen Anklage zurückgebe.

Für die Verhandlung und Aburteilung der Sache war zunächst das SchöffG. zuständig; dem Wunsche der StA. entsprechend, mußte es im Schnellverfahren verhandeln, zu welchem weder eine schriftliche Anklage noch ein Eröffnungsbeschluß erforderlich sind (§ 212 StPO.). Sobald aber für die Verfehlungen des Angekl. die §§ 349, 351 StGB. in Frage kamen, erlosch die Zuständigkeit des SchöffG., da für die Verbrechen des § 24 Nr. 3a GVG. nach § 1 Art. 1 Kap. 1 Teil 1 NotVO. v. 14. Juni 1932 die große StrK. als Gericht 1. Instanz zuständig ist. Nimmt man nun mit dem RG. (RGSt. 67, 61[1]) und dem OLG. D. in seiner obigen Entsch. an, vor der großen StrK. 1. Instanz sei das Schnellverfahren nicht zulässig, dann trifft die Meinung des OLG. D. nicht zu, daß das SchöffG. durch den Beschluß nach § 270 StPO. die Sache an die große StrK. hätte verweisen müssen. Vielmehr hätte es gemäß NotVO. v. 6. Okt. 1931 VI Kap. I § 4 Abs. 2 S. 1 die Sache an die StA. zurückverweisen oder das Verfahren wegen Unzulässigkeit einstellen müssen. Denn die Fortsetzung des summarischen Verfahrens vor der großen StrK. war nicht zulässig. Für das ordentliche Verfahren vor jener Kammer fehlt es aber an einer schriftlichen Anklage und einem gerichtlichen Eröffnungsbeschluß.

Im vorl. Falle ist nun ein solcher Beschluß nicht erlassen worden; vielmehr ist die Sache durch das erwähnte Urt. des OLG. D. an die große StrK. als 1. Instanz ver-

---

teidigers daran nichts ändern. Es bedarf immer zunächst einer ordnungsmäßigen Anklageerhebung schon wegen Innehaltung der §§ 201 ff. StPO. Im vorl. Falle vermag auch die vom RG. hervorgehobene Besonderheit, nämlich die Verweisung der Sache an die große Strafkammer durch den RevSen. des OLG. Düsseldorf, nichts an der rechtlichen Beurteilung zu ändern.

Auch bei dem Abs. 2 des § 270 StPO. handelt es sich um eine „Muß"vorschrift, weil danach der Verweisungsbeschluß den Erfordernissen eines Eröffnungsbeschlusses entsprechen muß. Der Eröffnungsbeschluß muß wiederum nach § 207 Abs. 1 StPO. die Vorgänge, in denen die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes gefunden werden, so bezeichnen, daß der Gegenstand der Verhandlung und Entsch. einerseits für den Richter behufs Wahrung der in §§ 264 ff. StPO. gezogenen Grenzen, andererseits für den Angekl. behufs Ermöglichung einer zweckentsprechenden und erschöpfenden Verteidigung klargestellt wird. Auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschr., durch die die StPO. die Voraussetzungen für eine Durchführung der Hauptverhandlung bestimmt — in der Regel die Erlassung eines Eröffnungsbeschlusses —, kann der Angekl. nicht wirksam Verzicht leisten.

§ 265 StPO. ist nur anwendbar, wenn bereits in derselben Sache ein Eröffnungsbeschluß ergangen war, weil er ausdrücklich voraussetzt, daß der Angekl. „im Laufe der Hauptverhandlung" noch einer anderen Tat beschuldigt wird, als wegen der das Hauptverfahren wider ihn eröffnet worden ist. Das trifft aber im Schnellverfahren des § 212 StPO. nicht zu.

Unter den Prozeßvoraussetzungen nimmt die Klagerhebung eine besondere Stellung ein. Ein Verfahren, dem es an einer Prozeßvoraussetzung gebricht, ist nicht aus diesem Grund als „Nichtprozeß" als absolut nichtig zu erachten, es kann vielmehr mit einem rechtskräftigen, den Mangel heilenden Urt. abschließen, aber das Gesetz will eine solche Prozedur nicht und verpflichtet zu ihrer Einstellung, sobald es die Verfahrenslage erlaubt. Die Klage muß durchaus in der Regel — von den abweichenden Prozeduren nach §§ 212, 411, 416, 422 StPO. abgesehen — durch einen Eröffnungsbeschluß der dafür zuständigen Stelle zum Hauptverfahren zugelassen sein. In Ermangelung eines vom Gesetz erforderten Eröffnungsbeschlusses ist ein gesetzentsprechendes Hauptverfahren überhaupt nicht anhängig, und es fehlt dem Sachurteil die nach § 264 StPO. notwendige Beziehung auf die in einem Eröffnungsbeschluß zu bezeichnende Tat. Feststellung des Verhandlungsthemas durch das Gericht der Hauptverhandlung nach Parteiverzicht ist unmöglich, weil die Einhaltung dieser Prozeßvoraussetzung weder der Verfügungsbefugnis des Gerichts noch der Partei unterliegt. Durch den Eröffnungsbeschluß und auch den seinen Erfordernissen entsprechenden Verweisungsbeschluß des § 270 StPO. ist dem Gericht des Hauptverfahrens mit dem Auftrag zum Sachurteil notwendig auch der Auftrag zur Einstellung erteilt, falls es an einer Prozeßvoraussetzung im engeren Sinne fehlen sollte, z. B. an einer gesetzentsprechenden Klagerhebung.

Fehlt es an einem Eröffnungsbeschluß und ist auch nicht ein Äquivalent eines solchen (§ 266 StPO.) an die Stelle getreten, so muß in Ermangelung eines prozeßbegründenden Aktes für das Hauptverfahren schlechthin eingestellt werden, nicht nur von der ersten, sondern auch von der Rechtsmittelinstanz. Der Urteilsauftrag wird nicht dadurch hergestellt, daß das Verfahren in die höhere Instanz gelangt. Die Instanzbegründung durch Einlegung eines Rechtsmittels hat nur im Rahmen der Prozeßbegründung Raum und ist keineswegs von selbständiger, prozeßbegründender Wirkung. Nur unter der Voraussetzung, daß der Prozeß bereits begründet ist durch den Erlaß eines Eröffnungsbeschlusses oder ein vom Gesetz anerkanntes Surrogat dafür, kann der Rechtsmittelrichter die untere Instanz zu erneuter Entsch. anweisen. Bei fehlender Prozeßbegründung beruht jedes trotzdem erlassene Sachurteil, mag es auch nur neue Verhandlung und Entsch. anordnen, auf einem Prozeßfehler. Auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 337 StPO.) beruht ein Sachurteil auch dann, und zwar notwendig und stets, wenn es wegen Prozeßvoraussetzungsmangels überhaupt nicht hätte erlassen werden dürfen, nicht nur, wenn es durch den Verstoß inhaltlich bedingt war (vgl. JW. 1928, 2260[60] und 2262[61] sowie die sehr beachtlichen eingehenden Ausführungen Oetkers dazu).

Im vorl. Falle ist aber weiter noch zu beachten, daß die herrschende Lehre und Rspr. einen unvollständigen Eröffnungsbeschluß regelmäßig nur aus der Anklageschrift durch einen entsprechenden Hinweis des Vorsitzenden ergänzen läßt (vgl. JW. 1931, 203[13]). Im vorl. Fall lag aber überhaupt keine Anklageschrift vor; ausweislich der Sitzungsniederschrift v. 28. Juni 1934 sind nur die Formeln der Urt. des Schöffen- und des OLG. verlesen und der wesentliche Inhalt dieser Urt. vorgetragen worden. Es erscheint sehr fraglich, ob derartige Entsch. von an sich sachlich unzuständigen Gerichten die wichtigen prozessualen Funktionen einer schriftlichen die wesentlichen Ermittelungsergebnisse enthaltenden Anklageschrift und eines vom sach-

[1]) JW. 1933, 611.

wiesen worden. Damit blieb aber nach der obigen NotVO. § 4 Abs. 2 Satz 2 die öffentliche Klage bestehen. Auf sie hin ist die Sache vor der großen StrK. im gewöhnlichen Verfahren durchverhandelt worden. Der Angekl. ist ausweislich des Protokolls darüber genau unterrichtet gewesen, auf welche Tat sich die Anklage und die gerichtliche Verhandlung und Entsch. bezog. Keiner der Beteiligten hat das Fehlen einer schriftlichen Anklage oder eines Eröffnungsbeschlusses gerügt. Ob bei einer solchen Sachlage mit RGSt. 67, 62[1]) anzunehmen ist, es fehle an jeder Grundlage eines geordneten Verfahrens, so daß das Verfahren noch in der RevInst. eingestellt werden müsse und es der StA. überlassen bleiben müsse, das ganze Verfahren nochmals von vorn zu beginnen, kann dahingestellt bleiben.

Denn es kommt in der vorl. Straffache eine Besonderheit hinzu, die bei der Entsch. RGSt. 67, 62[1]) gefehlt hat, nämlich die Verweisung der Sache an die große StrK. durch den RevSen. des OLG. Anerkannten Rechts ist es, daß auch das RevG. durch Urt. eine Entsch. gem. § 270 StPO. treffen kann (vgl. RGSt. 61, 326). Dem Inhalt seines Urt. nach hat nun das OLG. D. eine solche Verweisung gem. § 270 StPO. vorgenommen, wenngleich es sich dieser Bedeutung seiner Entsch. wohl nicht bewußt gewesen ist. Denn andernfalls hätte es, wie es in RGSt. 61, 326 geschehen ist, und wie es § 270 Abs. 2 verlangt, den Erfordernissen eines Eröffnungsbeschlusses genügt. Immerhin stellt sich die Entsch. des OLG. als Eröffnungsbeschluß dar, wie § 270 Abs. 2 ausdrücklich vorschreibt. Freilich liegt aus den angegebenen Gründen nur ein mangelhafter Eröffnungsbeschluß vor. Ist aber ein Eröffnungsbeschluß (auch ein solcher gem. § 270 Abs. 2 StPO.) mangelhaft, so ist es Sache des Vorsitzenden, ihn zu ergänzen (vgl. RGSt. 62, 272; 59, 360; 44, 28) und dadurch den Mangel zu beseitigen. Eine solche Ergänzung ist aber hier nach dem oben wiedergegebenen Inhalt des Protokolls in ausdrücklicher Weise vorgenommen. Somit sind die Mängel des Eröffnungsbeschlusses behoben; die Anklage war ebenfalls noch rechtshängig. Nur ist sie bloß mündlich, nicht schriftlich erhoben worden. Doch ist dieser Mangel in der Hauptverhandlung nicht gerügt worden. Daher ist nicht anzunehmen, daß auf diesem Mangel das Urt. beruht, und daß bei Schriftlichkeit der Angekl. eine günstigere Stellung gehabt hätte. Es wird noch darauf hingewiesen, daß auch § 266 Abs. 1 StPO. die Zulässigkeit einer rein mündlichen Anklage unter gewissen Voraussetzungen vorsieht. Ferner wird auf RGSt. 58, 127 verwiesen, wonach gegebenenfalls sogar das gänzliche Fehlen der Anklage die Rev. nicht zu stützen vermag.

(5. Sen. v. 18. Okt. 1934; 5 D 212/34.) [W.]

<= RGSt. 68, 332.>

---

lich zuständigen Gericht zu erlassenden Eröffnungsbeschlusses ersetzen können.

M. E. hätte aus den angestellten Erwägungen das Urt. des SchöffG. bedingungslos kassiert werden müssen, indem gem. NotVO. v. 6. Okt. 1931 VI. Kap. I § 4 Abs. 2 S. 1 die Sache entweder an die Staatsanwaltschaft zurückverwiesen oder aber das Verfahren wegen Unzulässigkeit eingestellt wurde, nicht aber durfte zur Entsch. gestellt werden, ob ein unter Einhaltung der Verfahrensvorschrift, wonach die Klage schriftlich erhoben werden mußte, ordnungsmäßig durchgeführtes Verfahren zu demselben Ergebnis geführt haben würde. Ganz ungerechtfertigt will mir die Kostenentscheidung erscheinen, die dem Angekl. die ganzen Kosten des Verfahrens auferlegt, obwohl das SchöffG. nach §§ 6, 270 StPO. hätte verfahren und den langwierigen und teuren Umweg über das OLG. hätte vermeidbar machen müssen.

Das RG. geht davon aus, daß das OLG. Düsseldorf dem Inhalt seines Urt. nach eine Verweisung gem. § 270 StPO. vorgenommen hat, stellt aber gleichzeitig fest, daß das OLG. sich dieser Bedeutung seiner Entsch. nicht bewußt gewesen ist. Der § 270 StPO. trifft an sich seinem Wortlaute nach nur auf dasjenige Gericht zu, welches seine eigene Unzuständigkeit erkennt. In der VerInst. hat aber auch das BG. nach § 328 Abs. 3 StPO., wenn das Gericht erster Instanz mit Unrecht seine Zuständigkeit angenommen hat, unter Aufhebung des Urt. die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen; daß diese Verweisung entsprechend der Vorschr. des § 270 Abs. 2 StPO. die Wirkung eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschl. hat und den Erfordernissen eines solchen entsprechen muß, ist im § 328 nicht gesagt. Die nach § 328 Abs. 3 erforderliche Unzuständigkeitserklärung und Verweisung der Sache an das zuständige Gericht wird, weil sie von der Aufhebung des angef. Urt. sachlich nicht trennbar ist, durch Urt. ausgesprochen (vgl. RG. Rspr. 65, 397; RG.: JW. 62, 967[30]; Karlsruhe: DRZ. 1922 Nr. 285). Das RevGer. hat nach § 354 Abs. 2 StPO., wenn es nicht in der Sache selbst entscheidet, diese zur anderweiten Verhandlung und Entsch. an das Gericht, dessen Urt. aufgehoben ist, oder an ein demselben deutschen Lande angehöriges benachbartes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen. Die Zurückverweisung kann nach Abs. 3 an ein Gericht niederer Ordnung erfolgen, wenn die noch in Frage kommende strafbare Handlung zu dessen Zuständigkeit gehört. Wird ein Urt. aufgehoben, weil das Gericht der vorigen Instanz sich mit Unrecht für zuständig erachtet hat, so verweist das RevGer. nach § 355 StPO. gleichzeitig die Sache an das zuständige Gericht. Die reichsgerichtliche Rspr. verlangt in diesem Falle, daß das von ihm angewiesene Gericht höherer Ordnung alsdann, allerdings ohne in der Sachbeurteilung durch die insofern keine Bindung (§ 358 Abs. 1 StPO.) bewirkende Verweisung eingeschränkt zu sein, zu befinden hat über die dem Angekl. vom RevGer. zur Last gelegte Beschuldigung, weshalb insoweit das RevUrt. den Anforderungen eines Verweisungsbeschlusses (§§ 270, 207 StPO.) zu entsprechen hat (vgl. RGSt. 61, 322 ff.; Löwe-Rosenberg, 19. Aufl., § 355 N. 3). Das ist wohl dahin zu verstehen, daß das RevGer. diejenige Entsch. zu treffen hat, die bei richtigem Verfahren von dem zuerst angerufenen Gericht zu erlassen gewesen wäre, im vorl. Falle also von dem SchöffG. Das SchöffG. hätte aber nach § 270 Abs. 4 StPO. bei der Bek. eines Verweisungsbeschlusses eine Frist bestimmen müssen, innerhalb deren der Angekl. die Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung beantragen kann. Weder der Verweisungs- noch der Eröffnungsbeschluß können durch den Richter, der sie erlassen hat, eine Berichtigung oder Vervollständigung erfahren (§§ 270 Abs. 3, 210 Abs. 2, 311 Abs. 3 StPO.). Der Angekl. kann sie nicht anfechten, höchstens das höhere Gericht könnte dem Fehler abhelfen (vgl. GoltdArch. 64, 372). Wie soll es hiermit bei einem Verweisungsurteil des RevGer. nach § 355 StPO. gehalten werden? Helfen kann nur die Einführung eines außerterminlichen Verweisungsbeschlusses.

LGR. Dr. Fraeb, Hanau.

Reichserbhofgericht

1. § 37 Abs. 1 u. 2 RErbhofG.

1. Der Grundsatz der Unbelastbarkeit des Erbhofs darf nur dann durchbrochen werden, wenn dies unter dem Gesichtspunkt der Belange des Hofs dringend erforderlich ist, oder wenn die Versagung der Genehmigung zur Belastung dem Gläubiger gegenüber als eine besonders unbillige Härte erschiene.

2. Bei einem Zinssatz von 10% kann die Genehmigung nicht erteilt werden, da ein bäuerlicher Betrieb eine solche Verzinsung nicht aufbringen kann.

Die Eheleute S., die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, sind Eigentümer von Grundbesitz, der in den Gemeinden G. und E. liegt, eine Gesamtgröße von etwa 19 ha und einen Einheitswert von 23000 *RM* hat. Außerdem haben sie 1932 in einem Zwangsversteigerungsverfahren noch Grundbesitz erworben, der in den Gemeinden B. und J. etwa 3 Std. von der Hofstelle in G. entfernt liegt. Auf einem Teil ihres Grundbesitzes in G. und E. sind für die B.-Bank drei Grundschulden von 6000 *RM*, 4000 *RM* und 10000 *RM* eingetragen. Durch notariellen Vertrag v. 8. April 1934 haben die Eheleute S. zur Sicherungsverstärkung für diese Grundschulden ihren Restbesitz in G. und E. und den neuerworbenen Besitz in B. und J. der Pfandhaftung unterstellt und die Eintragung einer weiteren Grundschuld von 10000 *RM* für die B.-Bank an ihrem Gesamtgrundbesitz bewilligt. Am 19. und 21. Okt. 1933 ist die Eintragung im Grundbuch für die in G. und E. liegenden Grundstücke erfolgt.

Nachträglich hat der Ehemann S. beim AnerbG. die Genehmigung der Belastung auf Grund des notariellen Vertrags nachgesucht. Die Gläubigerin hat mitgeteilt, daß die Eheleute S. noch 6806 *RM* schuldeten, und hat sich damit einverstanden erklärt, daß die Grundschuld nur in dieser Höhe genehmigt werde.

Das AnerbG. hat diese Genehmigung versagt, weil kein wichtiger Grund vorliege und der Antragsteller seinem Antrag hinzugefügt habe, daß er ihn nur auf Drängen und Anraten der Bank stelle.

Die Gläubigerin hat sofortige Beschwerde eingelegt, weil der Kredit, der durch die Grundschuld gesichert werden sollte, schon im März 1933 gewährt worden sei. Mit diesem Kredit hätten die Eheleute S. ein Amerikadarlehn mit einem Gewinn von 4000 *RM* zurückzahlen können. Bei der Hingabe des Geldes sei die Sicherung durch Eintragung einer neuen Grundschuld und die Pfandunterstel-

lung des übrigen Grundbesitzes unter die schon bestehenden Grundschulden vereinbart worden. Die Eintragung im Grundbuch habe sich nur dadurch verzögert, daß noch anderer Grundbesitz mit einbezogen werden sollte, was aber, wie sich später herausgestellt habe, nicht möglich gewesen sei.

Auf Grund dieses Vorbringens hat das ErbhGer. das Vorliegen eines wichtigen Grundes angenommen, soweit es sich um die Eintragung der neuen Grundschuld von 10000 *RM* handelt, und hat durch Beschluß v. 7. April 1934 hierzu die Genehmigung gegeben, während es im übrigen die Beschwerde zurückgewiesen hat.

Gegen diesen Beschluß wendet sich der Landesbauernführer und erstrebt mit der sofortigen weiteren Beschwerde, die form- und fristgemäß eingelegt ist, die Versagung der Genehmigung. Er verneint das Vorliegen eines wichtigen Grundes und hält eine dingliche Sicherung mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 37, 38 und 15 RErbhofG. nicht mehr für erforderlich.

Die Beschwerde ist begründet.

Nach § 37 RErbhofG. ist ein Erbhof grundsätzlich unbelastbar. Hiervon läßt § 37 Abs. 2 RErbhofG. nur dann eine Ausnahme zu, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

Das ErbhGer. sieht einen solchen wichtigen Grund darin, daß bei der Hingabe des Darlehns im März 1933 schon die Eintragung der Grundschuld vereinbart worden sei, und daß die Schuldner mit dem Darlehn unter Erzielung eines Gewinnes von 4000 *RM* eine andere lästige Hypothekenschuld abgetragen hätten.

Diese Erwägungen tragen die Entsch. nicht. Wie der Senat in seinem in der Amtl. Samml. veröffentlichten Beschl. v. 24. Juli 1934, 3 RB 22/34, ausgeführt hat, können als wichtiger Grund nur solche Umstände angesehen werden, die eine Durchbrechung des Grundsatzes der Unbelastbarkeit des Hofes unter dem Gesichtspunkte der Belange des Hofes selbst dringend erforderlich machen, oder die Versagung der Belastung als eine besonders unbillige Härte gegenüber dem Gläubiger erscheinen lassen. Das ist hier nicht der Fall. Das Darlehn ist schon im März 1933 ausgezahlt, seine nachträgliche Sicherung kann daher in keiner Weise den Interessen des Hofes dienen. Die Versagung der Genehmigung stellt aber auch keine unbillige Härte gegenüber der Gläubigerin dar, da diese fast ein halbes Jahr die Eintragung der bewilligten Grundschuld nicht herbeigeführt hat, obwohl dies möglich und bei der früheren Rechtslage, insbes. wegen der erst durch das RErbhofG. beseitigten Gefahr des Hinzukommens anderer Belastungen sogar zweckmäßig gewesen wäre. Diese Verzögerung kann die Gläubigerin nicht damit entschuldigen, daß ursprünglich noch anderer Grundbesitz mitverhaftet werden sollte und sich dies erst später als unmöglich herausgestellt habe. Denn schon in dem notariellen Vertrag v. 8. April 1933, der die Bewilligung enthält, ist von diesem Grundbesitz keine Rede mehr. Damals stand also schon fest, daß dessen Belastung, selbst wenn sie bei der Hingabe des Darlehns in Aussicht genommen war, nicht mehr in Frage kam. Dazu kommt noch, daß bei einem Einheitswert von 23000 *RM* eine weitere Belastung, wenn auch nur in Höhe von 6800 *RM*, neben der bestehenden Belastung von 20000 *RM*, für den Hof untragbar ist und die zulässige Grenze weit überschreitet. Auch ein Zinsfuß von 10%, wie er vorgesehen ist, kann nicht genehmigt werden, da ein bäuerlicher Betrieb eine solche Verzinsung nicht aufbringen kann.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 18. Okt. 1934, 3 RB 173/34.)

*

2. §§ 46, 49 Abs. 1 Satz 2 RErbhofG.; § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG.; §§ 29 Abs. 4, 22 Abs. 2 Satz 1 FGG.

1. Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschw. zum RErbhGer muß binnen 2 Wochen nach Beseitigung des Hindernisses gestellt werden.

2. Hat der BeschwF. nach einer Rechtsmittelbelehrung noch Zweifel über die Rechtslage und unterläßt er es, sich durch Rückfrage bei einem Rechtskundigen zu unterrichten, so ist die hierdurch verursachte Säumnis verschuldet.

Mit Antrag v. 2. Febr. 1934 hat RA. und Not. B. in Z. als Konkursverwalter über das Vermögen des Kaufmanns Nikolaus K. in Rh. beim AnerbG. in Z. die Genehmigung zu Verträgen nachgesucht, durch die er als Konkursverwalter den Grundbesitz des Gemeinschuldners veräußert hatte. Das AnerbG. hat die Veräußerungen genehmigt. Auf die sofortige Beschwerde des Gemeinschuldners hat das LErbhGer. den Beschluß des AnerbG. aufgehoben und ausgesprochen, daß eine Genehmigung nicht erforderlich sei, weil dem Grundbesitz des Gemeinschuldners am 1. Okt. 1933 die Erbhofeigenschaft gefehlt habe. Dieser Beschluß ist dem damaligen Bevollmächtigten des Gemeinschuldners, RA. F., am 12. Juni 1934 zugestellt worden. Gegen diesen Beschluß hat der Gemeinschuldner mit eigenhändig unterzeichnetem Schreiben v. 22. Juni 1934, das am 26. Juni 1934 beim RErbhGer. eingegangen ist, sofortige weitere Beschwerde eingelegt und gleichzeitig um Gewährung einer Frist zur Begründung der Beschwerde durch einen RA. gebeten. Mit Schreiben v. 13. Juli 1934 wurde der BeschwF. über die gesetzlichen Formvorschriften — § 49 RErbhofG., § 25 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. — mit der Anheimgabe belehrt, seine Beschwerde innerhalb zwei Wochen zurückzunehmen, da sie sonst als unzulässig verworfen werden müsse. Auf diese Belehrung schrieb der BeschwF. am 18. Juli 1934, er sei der Auffassung gewesen, nur die Begründung der Beschwerde müsse von einem RA. unterschrieben sein; er bitte mit Rücksicht auf seine Rechtsunkenntnisse an die Form der Beschwerde kein allzu scharfes Maß anzulegen und sie als zu Recht bestehend ansehen zu wollen.

Durch Vorentscheidung v. 30. Juli 1934 hat der Vorsitzende des erk. Sen. die Beschwerde als unzulässig verworfen und dem BeschwF. die Kosten seiner Beschwerde auferlegt, weil die Beschwerde nicht von einem RA. unterzeichnet war.

Gegen diese Vorentscheidung, die ihm am 1. Aug. 1934 zugestellt worden ist, legt nunmehr der BeschwF. durch die RA. Dr. B., Dr. W. und F. in B. Einspruch ein, der am 15. Aug. 1934 bei dem RErbhGer. eingegangen ist. Gleichzeitig beantragt er die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Beschwerdefrist und legt vorsorglich nochmals sofortige weitere Beschwerde gegen den Beschluß des LErbhGer. v. 1. Juni 1934 ein. Zur Begründung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand trägt er vor, den angefochtenen Beschluß des LErbhGer. habe er erst am 22. Juni 1934 von seinem damaligen Bevollmächtigten RA. F. mit einem Schreiben v. 20. Juni 1934 erhalten. In diesem Schreiben habe ihm RA. F. mitgeteilt, daß es gegen den Beschluß kein Rechtsmittel gebe. Da er sich mit diesem Bescheid seines RA. nicht habe zufrieden geben wollen, habe er vorsorglich mit dem eigenhändigen Schreiben vom 22. Juni 1934 sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Wie aus seiner Beschwerdeschrift v. 22. Juni 1934 und seinem Antwortschreiben vom 18. Juli 1934 hervorgehe, habe er auf dem Standpunkt gestanden, daß nur die Begründung der Beschwerde von einem RA. unterzeichnet sein müsse. Dieser Rechtsirrtum beruhe auf einer Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen und könne ihm nicht als Verschulden angerechnet werden, so daß die Versäumung der Beschwerdefrist auf ein unabwendbares Ereignis i. S. des Gesetzes zurückzuführen sei. Ihm könne aber auch nicht als Fahrlässigkeit ausgelegt werden, daß er sich nicht genügend unterrichtet hätte. Denn trotz des Bescheides des RA. F. habe er versucht, sich mit zwei ihm erreichbaren RA. zu beraten. Beide hätten aber die Übernahme der Vertretung ablehnen müssen. Um nichts zu versäumen, habe er deshalb die sofortige weitere Beschwerde eigenhändig eingereicht. Außerdem habe er aber auch noch den Landesbauernführer gebeten, sofortige weitere Beschwerde einzulegen. Er habe somit alles getan, was ihm damals möglich gewesen sei.

Der Beschluß des ErbhGer. ist dem BeschwF. zu Händen seines Bevollmächtigten am 12. Juni 1934 zugestellt worden. Die Frist zur Einlegung der sofortigen weiteren Beschwerde lief also am 26. Juni 1934 ab. Die innerhalb dieser Frist vom BeschwF. eingelegte Beschwerde ist wegen Formmangels unzulässig, weil sie nicht von einem RA. unterzeichnet ist. Diesen Formmangel will der BeschwF. dadurch heilen, daß er mit seinem Einspruch gegen die Vorentscheidung gleichzeitig eine formgerechte Beschwerde verbunden und den Antrag gestellt hat, ihm wegen Versäumung der Beschwerdefrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erteilen. Dieser Antrag ist nicht begründet.

Für die Entsch. kann es dahingestellt bleiben, ob ein Wiedereinsetzungsantrag überhaupt auf Rechtsunkenntnisse gestützt werden kann. Nach § 22 Abs. 2 FGG., der nach § 11 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. auf das Verfahren vor dem RErbhGer. Anwendung findet, muß der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand binnen zwei Wochen nach Beseitigung des Hindernisses gestellt werden. Diese Frist hat der BeschwF. nicht innegehalten. Durch den Brief v. 13. Juli 1934 ist er über die Formvorschriften des § 25 der 1. DurchfVO. z. RErbhofG. mit dem ausdrücklichen Hinweis belehrt worden, seine Beschwerde zurückzunehmen, da er sonst zu gewärtigen habe, daß sie als unzulässig verworfen würde. Den Inhalt des Briefes hat der BeschwF. auch nicht mißverstanden. Dies geht aus seinem ganzen Verhalten in diesem Verfahren und aus seiner eigenhändigen Eingabe mit Sicherheit hervor. Er war also vom Empfang des Briefes ab über die Rechtslage unterrichtet und kann sich von diesem Zeitpunkt ab nicht mehr auf seine Rechtsunkenntnis berufen. Das Schreiben v. 13. Juli 1934 hat der BeschwF. am 18. Juli 1934 beantwortet. Er hat es also spätestens an diesem Tage erhalten. Damit wurde die Frist aus § 22 Abs. 2 FGG. in Lauf gesetzt. Mithin ist sie am 1. Aug. 1934 abgelaufen. Da der Wiedereinsetzungsantrag erst am 14. Aug. 1934 eingegangen ist, ist er verspätet.

Aber selbst wenn der BeschwF. trotz des Briefes v. 13. Juli 1934 noch Zweifel über die Rechtslage gehabt haben sollte, wäre der Wiedereinsetzungsantrag verspätet. Denn dann wäre es seine Pflicht gewesen, sich durch Rückfrage bei einem Rechtskundigen zu unterrichten. Wenn er gleichwohl davon abgesehen hat, hätte er von diesem

Zeitpunkt ab die weitere Fristversäumung selbst verschuldet, so daß auch in diesem Falle die Frist zur Stellung des Wiedereinsetzungsantrags spätestens mit dem 1. Aug. 1934 abgelaufen wäre.

(RErbhGer., 3. Sen., Beschl. v. 18. Okt. 1934, 3 RB 154/34.)

*

3. § 15 Abs. 2 der 2. DurchfVO. z. RErbhofG. mit § 37 Abs. 3 RErbhofG. Die Belastung des Hofes über seine Kräfte ist stets ein Hindernis für die Erteilung der Genehmigung eines Übergabevertrages, auch wenn ein Fall vorliegt, in dem die Genehmigung gem. § 15 Abs. 2 der 2. DurchfVO. erteilt werden soll, wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen.

Der 71 Jahre alte Bauer Ferdinand St. ist Eigentümer eines Erbhofes, der etwa 200 Morgen groß ist und einen Einheitswert von 78 800 *RM* hat. Durch Vertrag v. 16. Juni 1932 hat er ihn seinem Sohn Herbert für 2500 *RM* jährlich bis 30. Juni 1936 verpachtet. Am 20. Juni 1933 hat er durch notariellen Vertrag diesen Pachtvertrag aufgehoben und mit seinem Sohn Herbert einen Übergabevertrag geschlossen. Als Gegenleistung für die Übertragung des Hofes hat sich der Sohn verpflichtet, seinen Eltern ein Altenteil zum jährlichen Schätzungswert von 3000 *RM* zu gewähren. Außerdem hat er zwei Hypotheken von 726 und 9000 *RM* übernommen und an seine sechs Geschwister als Ausstattungen insgesamt 32 500 *RM* zu zahlen, die zu bestimmten Zeitpunkten fällig und mit 4% zu verzinsen sind. Die von den Beteiligten beim AnerbG. nachgesuchte Genehmigung dieses Vertrages hat das AnerbG. erteilt.

Gegen diesen Beschl. hat der Kreisbauernführer sofortige Beschw. eingelegt, in der er sich gegen die Höhe der Belastungen wendet und unter anderem Herabsetzung des vorgesehenen Altenteils auf die Hälfte und der Zinsen auf 3% anstrebt. Nachdem die Beteiligten zu der Beschw. gehört waren und die Geschwister des Übernehmers sich mit einer Herabsetzung des Zinssatzes auf 3% einverstanden erklärt hatten, hat der Kreisbauernführer zur Begr. seiner Beschw. noch weiter vorgebracht, daß eine Belastung des Hofes mit 42 226 *RM* und einem jährlichen Altenteil von 3000 *RM* überhaupt nicht tragbar sei, da hierbei der übernehmer nur für die Zinsen und das Altenteil arbeiten könne.

Durch Beschl. v. 24. April 1934 hat das LErbhGer. der Beschw. stattgegeben und unter Abänderung des angef. Beschl. die Genehmigung versagt. Es hat zwar keine Bedenken gegen die Überlassung des Hofes an den Sohn, hält aber die übernommenen Lasten für derartig hoch, daß sie aus den Erträgnissen des Hofes nicht geleistet werden könnten. Auch die Best. über das vertragliche Recht der Altenteiler, nach welcher diese vorbehaltlos vom Hofe ziehen und eine Geldrente verlangen können, lehnt es grundsätzlich ab, weil das Fortzugsrecht nur dann zugebilligt weroen könne, wenn den Altenteilern das Verbleiben auf dem Hofe nicht mehr zuzumuten sei. Mit Rücksicht darauf, daß es bei der ganzen Sachlage keine zahlenmäßig genaueren Vorschläge machen könne, wird deshalb die Genehmigung versagt und von einer Auflage abgesehen, wobei es die Antragsteller noch darauf hinweist, daß bei einem neuen Vertrag alle Lasten die Hälfte des Einheitswertes nicht übersteigen dürften.

Gegen diesen Beschl. haben die Beteiligten sofortige weitere Beschw. eingelegt. Zur Begr. machen sie geltend, der Vertrag sei schon im Juni 1933 geschlossen und dem GBA. zur Vollziehung der Eintragung eingereicht worden; er müsse daher nach § 15 Abs. 2 der 2. DurchfVO. genehmigt werden, wenn keine wichtigen Gründe dagegen sprächen. Die in dem angef. Beschl. geltend gemachten Bedenken rechtfertigen die Versagung der Genehmigung nicht; die Belastungen seien für den Hof tragbar; notfalls seien die verheirateten Schwestern auch bereit, von ihrer Abfindung je 1000 *RM* nachzulassen. Der Kreisbauernführer habe mit seiner Beschw. nur die Best. über das Altenteil und die Höhe der Zinsen bekämpft; deshalb habe das LErbhGer., nachdem die Geschwister sich mit einer Herabsetzung der Zinsen einverstanden erklärt hätten, nur noch über die Frage des Altenteils entscheiden und prüfen dürfen, ob hierin eine zu hohe Belastung des Hofes liege. Dadurch, daß es darüber hinaus den ganzen Vertrag geprüft habe, habe es seine Befugnis überschritten. Schließlich habe es aber auch von der Befugnis des § 37 Abs. 2 RErbhofG. Gebrauch machen können und die Genehmigung von einer Auflage abhängig machen sollen.

Die Beschw. hatte keinen Erfolg.

Der übergabevertrag ist im Juni 1933 geschlossen und der Antrag auf Eintragung ebenfalls im Juni 1933 beim GBA. gestellt. Die Umschreibung im Grundbuch ist jedoch noch nicht erfolgt. Deshalb ist nach § 15 Abs. 2 der 2. DurchfVO. die Genehmigung des Vertrages erforderlich. Sie soll erteilt werden, wenn nicht besondere Gründe dagegen sprechen. Solche Gründe liegen vor, wenn der Vertrag mit dem Grundgedanken des RErbhofG. nicht zu vereinbaren ist. Dabei ist es gleichgültig, ob vielleicht der Vertrag vor dem Inkrafttreten des RErbhofG. den Familienverhältnissen angepaßt war und sich in dem bis dahin allgemein üblichen Rahmen gehalten hat. Die Best. des RErbhofG. über die Belastung und Veräußerung der Erbhöfe sind zwingender Natur und müssen seit Inkrafttreten des RErbhofG. auch bei diesen vor dem 1. Okt. 1933 geschlossenen übergabeverträgen beachtet werden.

Das LErbhGer. hat im vorl. Fall die Genehmigung versagt, weil die Leistungsfähigkeit des Hofes durch die im Vertrag vorgesehenen Belastungen überschritten würde.

Im Gegensatz zu § 37 Abs. 3 RErbhofG. enthält § 15 Abs. 2 der 2. DurchfVO. keine ausdrückliche Best. darüber, daß der übergabevertrag den Erbhof nicht über seine Kräfte belasten dürfe. Gleichwohl wird diese Frage bei allen übergabeverträgen, auch soweit bei ihnen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 der 2. DurchfVO. gegeben sind, stets von ausschlaggebender Bedeutung sein. Das RErbhofG. will den Erbhof der Sippe uneingeschränkt erhalten. Deshalb hat es ihn dem freien Verkehr entzogen und das Verbot der Veräußerlichkeit und Belastbarkeit des Erbhofes ausgesprochen. Zur Erhaltung des Erbhofes dienen weiter die Best. der §§ 30, 31 RErbhofG. über die Versorgung der Abkömmlinge und das Altenteil des überlebenden Ehegatten, die aus den Erwägungen heraus so gestaltet worden sind, daß gerade die übermäßig hohen Abfindungen der übrigen Geschwister in vielen Fällen eine Überschuldung des Hofes zur Folge hatten, die zur Vernichtung des Hofes geführt hat. Diese Gefahr will das RErbhofG. unter allen Umständen verhindern. Mithin gehört die Erhaltung des Hofes mit zu den Grundgedanken des RErbhofG. Die Erhaltung des Hofes ist aber naturgemäß von der Höhe seiner Belastung abhängig. Deshalb ist auch die Best., daß ein Erbhof für den Fall, daß überhaupt eine Belastung erforderlich wird, grundsätzlich nicht über seine Leistungsfähigkeit belastet werden soll, ein Grundgedanke des RErbhofG., gegen den, von Ausnahmefällen abgesehen, grundsätzlich nicht verstoßen werden darf. Ein Vertrag, der gegen diese Best. verstößt, kann deshalb in der Regel nicht genehmigt werden.

In dem Vertrag sind für die Geschwister 32 500 *RM* vorgesehen. Außerdem muß der übernehmer 9776 *RM* Hofschulden übernehmen. Dazu kommt das Altenteil, das jährlich auf 3000 *RM* geschätzt ist. Eine derartige Belastung geht bei einer entsprechenden Kapitalisierung des Altenteils — der Vater ist 71 Jahre und die Mutter 57 Jahre alt — weit über die Leistungsfähigkeit des Hofes hinaus. Bei einer solchen Belastung wird der übernehmer auf Jahre hinaus nur für die Zinsen und die Ausstattungen seiner Geschwister arbeiten müssen, ohne an seine eigene Familie denken zu können. Das verstößt gegen den Sinn des RErbhofG., das ja ein freies Bauerntum auf freier Scholle schaffen will. Die Belastungen müssen unbedingt so gehalten sein, daß der übernehmer sie bei ordnungsmäßiger Wirtschaft dann abgetragen haben kann, wenn die Ausgaben für seine eigenen Kinder für deren Berufsausbildung und Ausstattung fühlbar werden. Hierzu wird vorliegend der übernehmer nicht in der Lage sein.

Auch durch eine Herabsetzung der Abfindungen für die verheirateten Schwestern um je 1000 *RM* würde hieran nichts geändert werden. Aus einem Hof von 200 Morgen, mag er auch den besten Weizenboden haben, kann eine solche Schuld überhaupt nicht herausgewirtschaftet werden, ohne daß dadurch nicht die Wirtschaft und die Berufsausbildung der eigenen Kinder leiden würde. Hinzukommt noch, daß die Zahlungsbedingungen für die Abfindungen sehr ungünstig sind. In einzelnen Jahren sind neben den Zinsen sehr hohe Beträge abzuzahlen. Diese können unmöglich aus der Wirtschaft herausgezogen werden, ohne den Hof zu gefährden. Unter diesen Umständen erscheint es auch noch fraglich, ob eine Belastung bis zur Hälfte des Einheitswertes, auf die das ErbhGer. hingewiesen hat, den Hof nicht schon übermäßig belasten würde. Auch eine solche Schuldenlast würde naturgemäß erst in einer langen Reihe von Jahren aus dem Hof herausgewirtschaftet werden können und die Ausbildung der heranwachsenden Kinder stets ungünstig beeinflussen. Da der vorl. Vertrag allen diesen Anforderungen nicht gerecht wird und er hiernach in seiner Gesamtheit einer Abänderung unterzogen werden muß, ist die Genehmigung mit Recht versagt und nicht an eine Auflage geknüpft worden.

(RErbhGer., Beschl. v. 17. Okt. 1934, 1 RB 109/34.)

Bamberg

Erbhofgerichte

1. § 15 Abs. 2 RErbhofG. Das Verfahren über die Entziehung der Verwaltung und Nutznießung des Erbhofes (kleine Abmeierung) können der Abzumeiernde und der künftige Wirtschaftsführer auch nicht mit Genehmigung des Anerbengerichts durch Vergleich beendigen. †)

Der Landesbauernführer hat beantragt, dem Johann L. in

Zu 1. Die Abmeierung ist eine scharfe Waffe, die gottlob

F. Haus Nr. 14 die Verwaltung und Nutznießung seines Erbhofes dauernd zu entziehen und die Verwaltung und Nutznießung auf seinen Sohn Konrad L. zu übertragen. Der Antrag ist damit begründet, daß Johann L. die Vernachlässigung seines Hofes auch nach Erlaß des RErbhofG. fortgesetzt und dadurch die Ehrbarkeit verloren habe.

Bei der Verhandlung über diesen Antrag haben Johann und Konrad L. am 5. Sept. 1934 vor dem AnerbG. einen Vergleich des Inhalts geschlossen, daß Johann L. zugunsten seines Sohnes Konrad freiwillig auf die Verwaltung und Nutznießung seines Bauernhofes verzichtet und Konrad L. sich freiwillig bereit erklärt, seinem Vater als Entschädigung hierfür alljährlich 300 *RM*, fällig am 1. Okt. jedes Jahres, zu bezahlen. Diesen Vergleich hat das AnerbG. durch Beschluß vom gleichen Tage genehmigt. Der Beschluß ist dem Johann L. und dem Landesbauernführer zugestellt worden. Johann L. und der Landesbauernführer haben sofortige Beschw. erhoben.

Der Antrag des Landesbauernführers gründet sich auf § 15 Abs. 2 RErbhofG. Das Verfahren über einen solchen Antrag kann nicht durch einen Vergleich erledigt werden, so wie dies im Streitverfahren möglich ist. Allerdings ist es durchaus nicht ausgeschlossen, daß ein solches Verfahren infolge einer gütlichen Einigung sein Ende findet. Das ist aber nur in der Weise möglich, daß der Landesbauernführer infolge der Einigung seinen Antrag zurücknimmt. Es ist also nötig, daß derjenige, dem die Verwaltung entzogen werden soll, ferner derjenige, der sie übernehmen soll, und drittens der Landesbauernführer miteinander einig werden.

Wenn nur der Inhaber des Erbhofes und derjenige, der die Verwaltung übernehmen soll, miteinander einig werden, so kommt es auf die Zustimmung des Landesbauernführers an. Hält dieser den Zweck seines Antrages für erreicht, so zieht er den Antrag zurück, im anderen Fall muß das AnerbG. trotz der Einigung der anderen Beteiligten über den Antrag entscheiden. Ist das AnerbG. im Gegensatz zum Landesbauernführer der Ansicht, daß das Ziel des Antrages erreicht sei, so weist es den Antrag des Landesbauernführers zurück, hält es dagegen den Zweck des Antrages für nicht erfüllt, so muß es prüfen, ob der Antrag an sich begründet ist oder nicht, und muß je nachdem den Antrag zurückweisen oder ihm entsprechen.

Bedarf die Einigung zwischen dem Hofinhaber und dem künftigen Verwalter der Genehmigung des AnerbG., so kann dieses zwar die Genehmigung aussprechen, aber damit ist das Verfahren nicht erledigt, vielmehr steht es dem Landesbauernführer auch nach der Genehmigung noch frei, seinen Antrag auf Entziehung der Verwaltung und Nutznießung entweder zurückzunehmen oder ihn aufrechtzuerhalten und auf Verbescheidung zu bestehen.

Im vorl. Falle hat das AnerbG. den Entziehungsantrag des Landesbauernführers nicht verbeschieden. Nach der Aktenlage muß angenommen werden, daß es von der Annahme ausgegangen ist, dieser Antrag sei durch den genehmigten Vergleich erledigt. Es hat also eine abschließende Entsch. erlassen wollen. Gegenüber einer solchen das Verfahren über den Entziehungsantrag abschließenden Entsch. ist der Landesbauernführer gem. § 48 Abs. 2 RErbhofG. als Antragsteller zur Beschw. befugt. Er ist aber auch hinsichtlich des Ausspruches über die Genehmigung des Vergleiches gem. § 49 Abs. 2 mit § 48 Abs. 2 und § 37 Abs. 2 RErbhofG. und § 64 Abs. 2 der 1. DurchfVO. zur Beschw. befugt.

Da das AnerbG. mit seinem Beschlusse das Verfahren abschließen wollte, in Wirklichkeit aber den Entziehungsantrag des Landesbauernführers noch nicht verbeschieden hat, so ist gem. § 46 RErbhofG. und § 11 der 1. DurchfVO. in Verbindung mit den Vorschr. über die freiwillige Gerichtsbarkeit die Zurückverweisung an das AnerbG. angemessen, damit dieses die sachliche Entsch. über den Antrag des Landesbauernführers nachholt.

Daneben ist es aber geboten, den Beschl. v. 5. Sept. 1934 auch insoweit aufzuheben, als er die Genehmigung des Vergleiches ausspricht. Aus dem Vergleich v. 5. Sept. 1934 geht nicht mit genügender Sicherheit hervor, welches Rechtsverhältnis zwischen Johann L. und seinem Sohne hinsichtlich der Verwaltung und Nutznießung des Hofes begründet werden sollte. Die entgeltliche Überlassung des Anwesens könnte zunächst als Pachtvertrag gem. § 581 BGB. gedeutet werden. Da ein Ende der Vertragszeit nicht vorgesehen ist, so wäre das Pachtverhältnis gem. § 595 BGB. alljährlich kündbar. Dadurch wäre der Zweck des Entziehungsantrages nicht erreicht. Es ist aber wohl anzunehmen, daß Johann L. seinem Sohne einen Nießbrauch an dem Anwesen hat bestellen wollen. Das AnerbG. hat den Vergleich offenbar in diesem Sinne aufgefaßt, denn nur auf diese Weise konnte der Zweck des Entziehungsantrages erreicht werden; ein Pachtvertrag auf unbestimmte Zeit hätte übrigens nach § 64 Abs. 2 der 1. DurchfVO. der Genehmigung des AnerbG. nicht bedurft. Im Hinblick auf das gespannte Verhältnis zwischen Vater und Sohn ist es aber geboten, die Art des Rechtsverhältnisses, das zwischen beiden künftig gelten soll, völlig klarzustellen. Was die Bestellung des Nießbrauches anlangt, so ist ein wichtiger Grund für die Belastung des Erbhofes mit einem solchen Recht (§ 37 Abs. 2 RErbhofG.) unzweifelhaft dann anzuerkennen, wenn die Belastung, wie hier, zu dem Zweck geschieht, einen ungeeigneten Wirtschafter durch einen tüchtigeren zu ersetzen. Mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Johann L. ist es auch nicht zu beanstanden, daß der Vater als Entgelt für die Überlassung des Hofes statt des sonst allgemein üblichen Naturalauszuges eine Geldrente erlangt, denn der Naturalauszug kann nur gewährt werden, wenn Johann L. auf dem Hofe bleibt, und Konrad L. wird sich beim Bewirtschaften voraussichtlich leichter tun, wenn sein Vater vom Hofe abwesend ist. Ein Bedenken gegen die Wirksamkeit des Vergleiches — wenn man ihn als Bestellung eines Nießbrauches erachtet — ergibt sich daraus, daß das AnerbG. zur Beurkundung eines Vertrages über Bestellung eines Nießbrauches nicht zuständig ist, und infolgedessen die Beteiligten vorerst nicht an ihre Einigung gebunden sind, § 873 Abs. 2 BGB. Das Streitgericht ist allerdings zuständig, einen Vergleich zu beurkunden, in welchem ein Recht an einem Grundstücke bestellt wird, aber die Zuständigkeit des AnerbG. zur Beurkundung von Vergleichen beschränkt sich auf den Fall des § 15 der 1. DurchfVO.; eine entsprechende Anwendung dieser Vorschr. auf den vorl. Fall ist schon deswegen nicht möglich, weil bei dem Abschluß des Vergleiches vom 5. Sept. 1934 der Antragsteller, der Landesbauernführer, gar nicht beteiligt war. Noch besser als ein Nießbrauch würde die Übergabe des Anwesens den Verhältnissen des Hofes entsprechen.

Bevor das AnerbG. über die Sache entscheidet, wird es auch sich darüber schlüssig machen müssen, ob das Anwesen überhaupt ein Erbhof ist, also ob es die Größe einer Ackernahrung hat — was im Hinblick auf den ziemlich geringen Einheitswert von 6900 *RM* nicht völlig zweifellos ist — und ob Johann L. z. Z. des Inkrafttretens des RErbhofG. noch als ehrbar erachtet werden konnte.

Dabei wird auch festzustellen sein, ob das Anwesen in das Gemeindeverzeichnis A und in das gerichtliche Verzeichnis aufgenommen ist, und ob dem Eigentümer gegen die Aufnahme noch der Einspruch zusteht.

---

bisher nur selten angewandt zu werden brauchte. Die obige Entsch. ist als Beitrag zur Klärung der bei der Abmeierung sich ergebenden Rechtsfragen zu begrüßen. Im einzelnen sei auf folgendes hingewiesen:

1. Wenn das Anwesen Erbhof ist und der Eigentümer den Hof gröblich vernachlässigt, so können die in § 15 Abs. 1, 2 RErbhofG. vorgesehenen Voraussetzungen für die Abmeierung gegeben sein. Den Weisungen, die das ErbhGer. dem AnerbG. für die Behandlung des Abmeierungsantrages mit auf den Weg gibt, wird man durchweg zustimmen können.

An sich kann der Bauer auch nach Stellung des Abmeierungsantrages den Hof noch auf seinen Anerben übertragen; wird diese Übereignung mit Genehmigung des AnerbG. im Grundbuch vollzogen, so ist der Abmeierungsantrag gegenstandslos geworden, da dieser voraussetzt, daß derjenige, gegen den sich der Antrag richtet, Eigentümer des Hofes ist. Das AnerbG. wird aber die Übereignung nach § 37 Abs. 3 nur genehmigen, wenn es sich zuvor mit dem Landesbauernführer in Verbindung gesetzt hat.

Im vorl. Falle hat der Abzumeiernde dem Antrag des Landesbauernführers dadurch zu begegnen versucht, daß er „freiwillig zugunsten seines Sohnes auf die Verwaltung und Nutznießung verzichtet hat". Das ErbhGer. rügt mit Recht, daß diese Vereinbarung unklar ist und nicht ausreicht, um den Abmeierungsantrag gegenstandslos zu machen.

2. Spricht das AnerbG. auf Grund des § 15 Abs. 2 die Entziehung der Verwaltung und Nutznießung aus, so ist der mit der Wirtschaftsführung betraute Sohn zwar nicht auf Grund des RErbhofG., wohl aber gem. §§ 1601 ff. BGB. verpflichtet, seinem Vater Unterhalt zu gewähren. Bei einem Streit über die Höhe der Unterhaltsleistung wird das ordentliche Gericht, nicht das AnerbG. zu entscheiden haben, da die Voraussetzungen des § 32 RErbhofG. nicht gegeben sind; daher fehlt dem AnerbG. auch die Befugnis, einen Vergleich über die Unterhaltspflicht zu beurkunden (vgl. § 15 der 1. DurchfVO.). Das schließt nicht aus, daß Vater und Sohn sich im Laufe oder nach Abschluß des Abmeierungsverfahrens über die Unterhaltspflicht einigen. Der Unterhaltsvertrag bedarf keiner besonderen Form; § 761 BGB. findet hier keine Anwendung. In der Regel wird es zweckmäßig sein, wenn das AnerbG. in geeigneter Weise auf eine solche außergerichtliche Einigung der Beteiligten über die Unterhaltsfrage hinwirkt.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

Da die Erhebungen über die Erbhofeigenschaft noch einige Zeit in Anspruch nehmen werden, so wird sich das AnerbG. auch darüber schlüssig machen müssen, ob etwa eine sichernde Maßnahme oder einstweilige Anordnung gem. § 12 der 1. DurchfBO. erforderlich ist.

(ErbhGer. b. OLG. Bamberg, Beschl. v. 31. Okt. 1934, BeschwReg. Nr. 417/34.) [S.]

*

Celle

2. §§ 17, 57 RErbhofG. Das RErbhofG. schließt die Ausschlagung einer vor dem 1. Okt. 1933 angefallenen Erbschaft durch den gewillkürten Alleinerben nicht aus, wenn die Ausschlagungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Treten sodann mehrere gesetzliche Erben an die Stelle eines eingesetzten Alleinerben, so erlangt eine erbhofgeeignete Besitzung keine Erbhofeigenschaft.

Der Grundbesitz ist zum Teil auf den Namen des i. J. 1930 verstorbenen Landwirts Heinrich Gr., zum Teil auf seinen und seiner Ehefrau Namen, als in Rheinischer Gütergemeinschaft lebend, eingetragen. Die Eheleute haben i. J. 1930 einen Erbvertrag geschlossen, durch den sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten und bestimmten, daß ihr in M. gelegenes Haus mit Garten und sämtlichem lebenden und toten Inventar ihrem Sohn Josef zufallen solle. Dabei waren die Parteien der Auffassung, daß ihr Sohn Josef sofort, also noch zu Lebzeiten der Eltern, das Eigentum an diesem Grundstück erlangen sollte.

In dem Verfahren zur Anlegung der Erbhöferolle stellte sich heraus, daß dieser Eigentümsübergang noch nicht vollzogen war und daß auch der Erbvertrag selbst noch nicht eröffnet war. Die Eröffnung wurde am 10. Juli 1934 nachgeholt. Am 21. August 1934 schlug die Ehefrau den Anfall der Erbschaft aus. Auf Antrag der Ehefrau Gr. stellte das AnerbG. fest, daß der Besitz kein Erbhof sei, da er infolge der rechtzeitigen und wirksamen Erbausschlagung im Eigentum einer Erbengemeinschaft stehe.

Hiergegen hat der Kreisbauernführer rechtzeitig Beschw. eingelegt. Er führt aus, daß der Hof sich am 1. Oktober 1933 im Alleineigentum der Witwe Gr. befunden habe und daß die Erbausschlagung den Erbhof nicht berühre.

Der Beschw. konnte nicht stattgegeben werden. Beim Inkrafttreten des RErbhofG. war die im § 1944 BGB. bestimmte Frist zur Ausschlagung der Erbschaft nach dem verstorbenen Ehemann Gr. noch nicht abgelaufen, da der Erbvertrag noch nicht eröffnet war. Es bestand daher hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse an dem zum Nachlaß gehörigen Vermögen ein Schwebezustand, der von dem weiteren Verhalten der zur Erbin eingesetzten Frau Gr. abhängig war. Diese konnte nach den Best. des BGB. ihren Erbanfall noch ausschlagen. Das RErbhofG. hinderte sie hieran nicht und unterbindet insbes. auch nicht die Folgen einer Erbausschlagung in bezug auf einen zum Nachlaß gehörigen erbhofgeeigneten Besitz. Der Hinweis des Kreisbauernführers, daß der Erbhof nach dem RErbhofG. einen besonderen Teil des Nachlasses bildet, trifft diesen Fall nicht, da das RErbhofG. Anwendung nur auf die nach dem 30. Sept. 1933 eingetretenen Erbfälle findet, während es sich hier um einen früheren Erbfall handelt. Dieser richtet sich ausschließlich nach dem früheren Recht. Das RErbhofG. verbietet auch eine solche Erbausschlagung nicht und macht sie ferner auch nicht von einer Genehmigung abhängig. Die Erbausschlagung ist auch nicht als eine Vfg. i. S. des § 37 RErbhofG. anzusehen.

Die Erbausschlagung hat damit auch für die erbhofgeeigneten Nachlaßgegenstände die Wirkung, daß der Anfall an die Witwe als nicht erfolgt anzusehen ist (§ 1953 BGB.), und daß der Ehemann Gr. auch für den zum erbhofgeeigneten Teil seines Nachlasses nach der gesetzlichen Erbfolge des BGB. beerbt worden ist. Gesetzliche Erben sind aber seine Frau und seine Kinder, also eine Erbengemeinschaft. Es ist auch keine fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten, da die Rheinische Gütergemeinschaft in das Güterrecht der Fahrnisgemeinschaft übergeleitet worden ist und eine Fortsetzung dieser Gemeinschaft nach § 1557 BGB. nur stattfindet, wenn sie durch Ehevertrag vereinbart ist. Dies ist hier aber nicht der Fall. § 17 RErbhofG. schließt aber die Erbhofeigenschaft eines im Eigentum mehrerer Personen stehenden Grundbesitzes grundsätzlich aus.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 6. Nov. 1934, 2 EH 2366/34.) [—n.]

*

3. § 25 Abs. 5 RErbhofG. Ist noch eine bauernfähige Person, die zu den gesetzlichen Anerben des Bauern gehört und auf die Anerbenfolge nicht verzichtet hat, am Leben, so kann das AnerbG. einem Testament oder Erbvertrage nicht die Zustimmung erteilen, durch die der Bauer eine nicht zu den gesetzlichen Anerben des § 20 RErbhofG. gehörende Person als Anerben bestimmt, auch wenn es sich dabei um eine mit ihm verwandte Person handelt und auch wenn er dafür einen wichtigen Grund anführt. †)

Die Witwe B. ist Eigentümerin eines Erbhofes. Sie hatte zwei inzwischen verstorbene Brüder, nämlich Karl und Otto. Ihr Bruder Karl hat einen Sohn hinterlassen, mit Namen Karl; dieser besitzt einen Erbhof. Von dem Bruder Otto stammen zwei Söhne, nämlich Walter und Willy. Die Bäuerin hat ferner noch eine Schwester Martha, Ehefrau S. Diese hat eine Tochter namens Frieda, die mit dem Landwirt Gr. verheiratet ist und einen Sohn und eine Tochter hat. Nachdem sie bereits durch notarielles Testament vom 14. März 1927 ihre Nichte (Schwestertochter) Frieda S zu ihrer alleinigen Erbin eingesetzt hatte, hat sie mit ihr mit Rücksicht auf das Inkrafttreten des RErbhofG. am 27. Febr. 1934 einen Erbvertrag abgeschlossen, durch den sie sie zur Anerbin ihres Erbhofes bestimmt hat. Auf ihren Antrag, dieser Anerbeneinsetzung zuzustimmen, hat das AnerbG. durch Beschl. v. 15. Mai 1934 diesen Erbvertrag gem. § 25 Abs. 4 RErbhofG. genehmigt.

Gegen diesen Beschluß haben der Sohn des verstorbenen Bruders Karl der Bäuerin, der Bauer Karl Sch., und der Sohn Willy des Bruders Otto der Bäuerin, der Arbeiter Willy Sch., rechtzeitig sofortige Beschw. eingelegt. Sie haben insbes. geltend gemacht, daß die eingesetzte Anerbin nicht zu den Personen gehöre, welche nach § 20 RErbhofG. zu Anerben berufen werden konnten.

Die Beschw. mußten zur Änderung des angefochtenen Beschlusses führen.

Das AnerbG. hat hier zu Unrecht die Vorschr. des § 25 Abs. 4 RErbhofG. angewendet. Diese Best. kann nur zur Anwendung kommen, wenn es sich bei dem in Aussicht genommenen Anerben um eine Person handelt, die zu den im § 20 unter Ziff. 2 bis 6 aufgeführten Personenkreisen gehört. Zu diesen Personen gehört aber Frau Frieda Gr. als Tochter einer Schwester der Bäuerin nicht. Infolgedessen kann die Bäuerin sie überhaupt nicht als Anerbin bestimmen, solange noch bauernfähige Vorerben der im § 20 RErbhofG. aufgeführten Ordnung vorhanden sind (§ 25 Abs. 5 RErbhofG.).

Nach § 25 RErbhofG. hat der Bauer bei der Bestellung seines Anerben durch Testament oder Erbvertrag (§ 28 RErbhofG.) die Möglichkeit einer Wahl nur unter denjenigen Personen, deren Kreis im § 20 RErbhofG. näher umschrieben worden ist, also nur unter den gesetzlichen Anerben. Nur dann kann er eine andere — sei es mit ihm verwandte, sei es mit ihm nicht verwandte — Person als Anerben einsetzen (dann aber auch, ohne daß dazu die Genehmigung des AnerbG. notwendig ist), wenn solche gesetzlichen Anerben nicht vorhanden sind oder wenn die ihrer Verwandtschaft nach als solche in Betracht kommenden Personen ausscheiden, weil sie nicht bauernfähig sind oder auf die Erbschaft verzichtet haben oder sie ausschlagen. In anderen Fällen können nach dem gegenwärtig geltenden Rechte auch wichtige Gründe und eine Zustimmung des AnerbG. dem Bauern nicht die Macht verleihen, bei der Einsetzung des Anerben durch Testament oder Erbvertrag gesetzliche

---

Zu 3. Der Entsch. ist zuzustimmen. Die Best. des RErbhofG. über die Erbfolge kraft Anerbenrechts bringen eine klare Neuregelung des Erbrechts in den bäuerlichen Besitz, die mehr als das Erbrecht nach BGB. zwingende Schranken setzt. Diese Schranken haben den Zweck, das vom Gesetz verfolgte Ziel, Bindung der Sippe an die Scholle, zu verwirklichen und beim Wechsel des Hofes von einer Generation auf die andere zu sichern. Hieraus folgt, daß die Fälle, in denen das AnerbG. Abweichungen von der gesetzlichen Anerbenfolge zulassen und genehmigen kann, im Gesetz erschöpfend aufgeführt sind und daß eine Ausdehnung im Wege der Auslegung auf weitere Fälle auch dann nicht statthaft ist, wenn die tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles eine solche Ausdehnung wünschenswert erscheinen lassen.

In diesem Zusammenhang taucht noch die Frage auf, ob eine hiernach unzulässige Genehmigung, wenn sie vom AnerbG. erteilt wird, wirksam ist. Diese Frage ist zu bejahen. Zwar überschreitet das AnerbG. durch die Genehmigung einer an sich nicht genehmigungsfähigen Anerbeneinsetzung die ihm durch das Gesetz gesteckten Grenzen. Es überschreitet aber nicht seine Zuständigkeit. Dies ergibt sich daraus, daß das AnerbG. bei Fehlen einer unter § 20 RErbhofG. fallenden Person die Genehmigung zu jeder Anerbeneinsetzung erteilen kann (§ 25 Abs. 5 RErbhofG.). Es zeigt sich also, daß es nur vom Vorhandensein bestimmter Personen, also von bestimmten Tatsachen abhängt, ob das AnerbG. eine Genehmigung erteilen kann. Wird die Genehmigung zu Unrecht erteilt, so hat dies nur die Folgen, die eine falsche Beurteilung von Tatsachen durch das Gericht nach sich zieht. Diese Folgen sind aber niemals Unwirksamkeit der gerichtlichen Entsch.; sie können nur bei ordnungsmäßiger Ergreifung des Rechtsmittels zu Aufhebung der Entsch. durch die vorgeordnete Instanz führen.

Notar Dr. Seybold, Berlin.

Anerben zugunsten einer nicht zu den gesetzlichen Anerben gehörenden Person zu übergehen. Diesen Standpunkt hat das LErbhGer. auch bisher schon in mehreren Beschlüssen vertreten (Beschl. des 3. Sen. v. 1. Juni 1934, 3 EH 599/34; Beschl. des 2. Sen. v. 24. Juli 1934, 2 EH 1599/34 [auch 2 EH 76/34]; vgl. auch die vom 4. Sen. entschiedene Sache 4 EH 1589/34).

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird freilich bestritten. Es wird geltend gemacht, es habe dann ein möglicherweise nur weitläufiger Verwandter des Bauern, der zwar bauernfähig, aber als Nachfolger des Bauern vielleicht mit Rücksicht auf seine persönlichen Beziehungen zu ihm erheblich weniger geeignet sei, als eine dem Bauern nahestehende, nicht zum Kreise der im § 20 RErbhofG. Aufgeführten gehörende Person, ein durch Testament oder Erbvertrag nicht entziehbares Recht auf die Nachfolge als Anerbe in den Hof. Damit habe er eine stärkere Stellung, als sonst die Anerben sie hätten; denn der Bauer sei nach § 25 RErbhofG. jedenfalls befugt, innerhalb der Grenzen des § 20 RErbhofG. nähere Verwandte zugunsten entfernterer Verwandten, u. U. sogar seine Söhne zugunsten eines Sohnes oder Sohnessohnes einer seiner Töchter zu übergehen. Auch könne der Bauer gem. § 37 Abs. 2 RErbhofG. durch eine Veräußerung unter Lebenden eine Nachfolge der ihm persönlich nahestehenden Person in den Erbhof statt des gesetzlichen Anerben herbeiführen. Dies alles vertrage sich nicht recht mit der dargelegten Beschränkung in der Verfügungsmacht von Todeswegen. Diese Ansicht will deshalb unter Heranziehung der §§ 56 und 37 RErbhofG. die Vorschr. des § 25 Abs. 5 RErbhofG. durch Auslegung dahin erweitern, daß der Bauer auch beim Vorhandensein von Verwandten, die zu den im § 20 RErbhofG. aufgeführten Personen gehören, durch Testament oder Erbvertrag eine nicht zu diesem Verwandtenkreise gehörende Person dann als Anerben bestimmen könne, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliege und das AnerbG. zustimme. Dieser Ansicht dürfte jedoch nicht zu folgen sein. Gegen sie spricht die Fassung des § 25 RErbhofG., insbes. des Abs. 5 dieser Vorschr., und die ganze Gestaltung der Anerbenfolge im RErbhofG., die einerseits mit besonderen, starken Sicherungen gegen freie Verfügungen des Bauern umgeben worden ist, andererseits gerade auf den verhältnismäßig engen und fest begrenzten Kreis von Verwandten, wie sie im § 20 RErbhofG. aufgeführt worden sind, beschränkt worden ist. Damit hängt es zusammen und muß es in Kauf genommen werden, daß gegebenenfalls ein entfernter Verwandter (gegenüber außerhalb des Kreises des § 20 RErbhofG. stehenden Personen) eine stärker geschützte Anwartschaft auf den Erbhof hat als ein näherer Verwandter und u. U. sogar der eigene Sohn des Bauern (gegenüber anderen innerhalb des Kreises des § 20 RErbhofG. stehenden Personen). Daß der Bauer den von ihm erstrebten Erfolg möglicherweise auf dem Wege einer Übereignung des Erbhofes unter Lebenden nach § 37 Abs. 2 (nicht Abs. 3) RErbhofG. herbeiführen kann, kann demgegenüber nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Das RErbhofG. hat die Befugnis zu Vfg. von Todes wegen und unter Lebenden grundsätzlich verschieden geregelt (vgl. Nadler, Anm. z. ErbhRspr. § 24 B 3). Für erstere gilt ausnahmslos der Grundsatz, daß die Anerbenfolge so, wie sie im Gesetze geregelt worden ist, also über die im § 25 RErbhofG. gegebenen Befugnisse hinaus, vom Bauern nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann (§ 24 Abs. 1 RErbhofG. und Einleitung zum RErbhofG. Abs. 10). Die Veräußerung unter Lebenden dagegen ist nur „grundsätzlich" für unzulässig erklärt worden (§ 37 Abs. 1 RErbhofG. und Einleitung zum RErbhofG. Abs. 11); für sie hat das Gesetz ausdrücklich Ausnahmen von diesem Grundsatze zugelassen. Selbst wenn die Best. im § 25 RErbhofG. nicht lediglich als eine weitere Ausgestaltung der im § 20 RErbhofG. zunächst nur in ihren Grundzügen festgelegten Anerbenfolge, sondern als Festlegung von Ausnahmen von der regelmäßigen Anerbenfolge anzusehen sein sollten, würden nur die dort aufgeführten Ausnahmen zugelassen sein. Diese unterscheiden sich aber von der im § 37 Abs. 2 RErbhofG. zugelassenen Ausnahme von dem Grundsatze der Unveräußerlichkeit des Erbhofes unter Lebenden wesentlich dadurch, daß sie nur einzelne speziell aufgeführte Ausnahmefälle zulassen, die Ausnahmevorschrift des § 37 Abs. 2 RErbhofG. dagegen ganz allgemein die Ermächtigung zu Ausnahmen gibt, wenn „ein wichtiger Grund vorliegt". Deshalb darf diese letztgenannte Ausnahmebestimmung nicht auf die Fälle der Verfügungen von Todes wegen übertragen werden. Sonst würde die Gefahr einer Unterhöhlung der vom RErbhofG. erstrebten Anerbenfolge eintreten. Falls im einzelnen Falle wirklich ernste Unbilligkeiten für den Bauern entstehen sollten, wird ihm in der Regel der Weg des § 37 Abs. 2 RErbhofG. offen stehen, seinen Wünschen, soweit sie wirklich berechtigt sind, zum Erfolge zu verhelfen.

Im vorl. Falle leben noch bauernfähige Verwandte der Bäuerin, die zu ihren gesetzlichen Anerben gehören. Zu ihnen gehört jedenfalls der BeschwF. Karl Sch., der selbst Bauer ist. Daß er bereits einen Erbhof hat, kommt hier mit Rücksicht auf die Vorschr. im § 22 Abs. 2 ff. RErbhofG. nicht in Betracht. Aber auch gegen die Bauernfähigkeit des BeschwF. Willy Sch. bestehen nach der Auskunft des Gemeindeschulzen bislang keine begründeten Bedenken. Beide BeschwF. haben bisher auf die Anerbenfolge nach der Bäuerin auch noch nicht etwa verzichtet, sondern machen mit ihren Beschw. diese Rechte gerade geltend. Die von der Bäuerin als Anerbin in Aussicht genommene Nichte Frieda Gr. dagegen gehört, wie dargelegt, nicht zu den gesetzlichen Anerben der Bäuerin. Deswegen ist ihre Einsetzung als Anerbin der Bäuerin jedenfalls für den Fall rechtsunwirksam, daß beim Tode der Bäuerin die beiden BeschwF. noch leben. Daher kann die Einsetzung der Nichte der Bäuerin als deren Anerbin, jedenfalls solange die beiden BeschwF. noch leben und auf die Anerbenfolge nicht verzichtet haben, durch das AnerbG. nicht genehmigt werden. Da das AnerbG. diese Genehmigung gleichwohl durch den angefochtenen Beschluß erteilt hat, werden die beiden BeschwF. durch diesen Beschluß in ihrer Anwartschaft als gesetzliche Anerben beeinträchtigt. Das berechtigt sie gemäß der feststehenden Rspr. des LErbhGer. nach § 48 RErbhofG., § 11 der 1. DurchfBO., § 20 FGG. zur Erhebung der vorl. Beschw. Weiter folgt aus dem Dargelegten ohne weiteres, daß diese Beschw. auch Erfolg haben müssen.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 26. Okt. 1934, 3 EH 1317/34.)

[—n.]

*

4. § 37 Abs. 3 RErbhofG. Grundsätzlich ist der Altenteil auf dem Hofe zu verzehren. Ein völlig freies Abzugsrecht der Altenteiler, das die Zahlung einer Geldrente an Stelle von Naturalleistungen auslöst, ist deshalb in der Regel abzulehnen. Es empfiehlt sich aber eine Bestimmung, daß im Streitfall nicht die Altenteiler das Vorliegen eines wichtigen Grundes für das Fortziehen nachzuweisen brauchen, sondern daß der Übernehmer, wenn er es bestreitet, nachweisen muß, daß ein wichtiger Grund nicht vorliegt. Eine Vereinbarung, daß über den Streit hierüber das AnerbG. entscheiden solle, ist nicht wirksam. †)

Die Eheleute T. sind in Gütergemeinschaft nach pommerscher Bauernordnung Miteigentümer eines Erbhofes. Sie haben durch den Vertrag v. 26. Sept. 1934 den Hof auf ihren Sohn Erich übertragen und sich einen Altenteil vorbehalten. In der ausführlichen Umschreibung des Inhalts des Altenteils findet sich im drittletzten Absatz des § 2 des Vertr. eine Best. folgenden Inhalts:

„Die Berechtigten sind, auch wenn sie hierdurch weder durch das Verhalten des Hofwirts noch sonst genötigt werden, berechtigt, den Hof dauernd oder vorübergehend zu verlassen. Bei einer etwaigen Rückkehr ist der Annehmer verpflichtet, die Altenteilswohnung für die Berechtigten wieder fertig zu machen."

Die Vertragsparteien haben die Genehmigung der in dem Übertragsvertrag vorgesehenen Verfügungen beantragt. Das AnerbG. hat durch den angef. Beschl. die Veräußerung und Belastung des Erbhofes mit der Maßgabe genehmigt, daß die Überlasser nur berechtigt sind, die im § 2 des Vertr. an Stelle der Naturalleistungen des Altenteils festgesetzte Geldrente von jährlich 2000 *RM* zu verlangen, wenn ihnen das Verbleiben auf dem Hofe nicht mehr zugemutet werden kann.

Die Eheleute T. haben gegen diesen Beschl. mit dem Antrage sofortige Beschw. eingelegt, zu beschließen: „Die Veräußerung und

---

Zu 4. Der Entsch. ist durchaus zuzustimmen. Wenn auch eine diesbezügliche Entsch. des RErbhGer. noch nicht bekanntgeworden ist, so ist doch nunmehr als einhellige Ansicht aller ErbhGer. festzustellen, daß den Altenteilern ein völlig freies Abzugsrecht nicht zugestanden werden soll, andererseits aber ein Abzugsrecht für sie dann unbedenklich und sogar notwendig ist, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und ihnen das Verbleiben auf dem Hofe nicht mehr zugemutet werden kann.

Die vom LErbhGer. genehmigte vertragliche Umkehr der Beweislast in dem Sinne, daß nicht die wegziehenden Altenteiler das Vorliegen eines wichtigen Grundes, sondern der Jungbauer das Nichtvorliegen eines solchen beweisen müssen, ist auf den ersten Blick überraschend, denn bekanntlich ist es logisch kaum möglich, nachzuweisen, daß etwas nicht ist. Und doch ist die Entsch. auch in diesem Punkt zu billigen. Sie erspart es den alten Leuten mit Recht, ihre geringen Bedürfnisse erst mit Hilfe des Gerichts zu erstreiten, Vorschüsse aus ihren regelmäßig stark beschränkten Mitteln zu erlegen und Scherereien auf sich zu nehmen, denen sich auch der Jungbauer gern entziehen wird. Formallogische Bedenken haben gegenüber dieser lebensnahen Entsch. zu schweigen. Mit Freude stellt man hier neuen Geist im Recht fest.

Bezüglich der Vereinbarung der Zuständigkeit des AnerbG. darf ich auf meine Anm. auf S. 2989 (1934) Ziff. V verweisen. Meine dort vorgetragene Ansicht wird durch das Gericht mit beachtlichen Gründen gestützt.

Notar Schieck, Markt Grafing bei München.

Belastung des Erbhofes wird mit der Maßgabe genehmigt, daß die Überlasser nur berechtigt sind, die im § 2 des Vertr. an Stelle der Naturalleistungen des Altenteils festgesetzte Geldrente von jährlich 2000 *RM* zu verlangen, wenn sie hierzu einen wichtigen Grund haben. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes brauchen sie nicht nachzuweisen; vielmehr ist es Sache des Annehmers oder dessen Rechtsnachfolgers, der ihnen das Recht zum Abzug streitig macht, nachzuweisen, daß ein wichtiger Grund dazu nicht vorliege. Das AnerbG. entscheidet endgültig darüber, ob ein wichtiger Grund gegeben ist."

Sie weisen auf den Beschl. des Sen. v. 23. März 1934, 3 EH 139/34, hin und machen sich zur Begr. ihres Antrages dessen Erwägungen zu eigen.

Die Regelung durch das AnerbG. begegnet, worauf der Sen. bereits in dem vorerwähnten Beschl. hingewiesen hat, Bedenken. Grundsätzlich ist der Altenteil auf dem Hofe zu verzehren. Ein völlig in das freie Belieben der Altenteiler gestelltes Recht, ihn auch außerhalb des Hofes zu genießen und für diesen Fall statt der Naturalleistungen eine Geldrente fordern zu können, birgt in der Regel für den Hof die Gefahr einer auf die Dauer seine Kräfte übersteigenden Belastung. Die Übertragsgeber legen auch nach ihrem eigenen Vorbringen keinen entscheidenden Wert darauf, jederzeit vom Hof abziehen zu dürfen. Sie wollen nur für den Fall gesichert sein, daß ihr Sohn oder seine Angehörigen sie in Zukunft nicht so behandeln sollten, wie es sich gehört. Außerdem scheuen sie davor zurück, in diesem Fall einen Prozeß um ihren Unterhalt führen und in diesem Rechtsstreit nachweisen zu müssen, daß sie schlecht behandelt seien. Einen solchen Beweis zu führen, ist in der Tat im gegebenen Fall erfahrungsgemäß schwierig. Es ist überhaupt für die Übertragsgeber wegen ihres hohen Alters lästig, wenn sie ihr Recht erst im Prozeßwege durchsetzen müssen. Ihr Wunsch, hiervor gesichert zu sein, ist deshalb nicht unbillig. Diese Sicherung aber findet hinreichend rechtliche Verwirklichung durch eine Vereinbarung, wie sie im entscheidenden Teil des Beschlusses[1]) aufgeführt worden ist. Der Übernehmer des Hofes ist vor dem Abzug der Eltern, der stets eine Mehrbelastung mit sich bringt, so lange geschützt, als er dafür sorgt, daß die Eltern liebevoll behandelt werden. Sollten die Eltern ohne jeden Grund abziehen, so könnte er ihnen die Entschädigung in Geld verweigern. Andererseits brauchen die Eltern, wenn sie wegen lieblosser Behandlung oder aus sonstigen berechtigten Gründen ausziehen und ihren Unterhalt außerhalb des Hofes verlangen wollen, nicht darzulegen und zu beweisen, daß sie schlecht behandelt worden seien. Vielmehr ist der Übernehmer oder sein Rechtsnachfolger ohne weiteres zur Leistung des Unterhalts außerhalb des Hofes verpflichtet, es sei denn, daß er nachweist, daß die Übertragsgeber stets liebevoll behandelt worden seien. Bleibt ungeklärt, ob ein wichtiger Grund für den Abzug vorgelegen hat, so können die Übertragsgeber den Lebensunterhalt außer dem Hause verlangen.

Insoweit war deshalb dem Antrage der BeschwF. stattzugeben. Der Sen. hat indessen bei erneuter Prüfung gegen die Best., daß das AnerbG. endgültig darüber entscheiden soll, ob ein wichtiger Grund gegeben ist, Bedenken. Für die Entsch. von Streitigkeiten aus Übertragsverträgen in dieser Richtung ist die Zuständigkeit des AnerbG. aus § 32 RErbhofG. nicht gegeben. Es fehlt also eine gesetzliche Best., nach der das AnerbG. die Entsch. derartiger Streitigkeiten durchführen könnte. Seine Tätigkeit als Gütestelle würde schon durch den Widerspruch einer der Vertragsparteien unterbunden werden. Auch seine Vereinbarung als Schiedsgericht unterliegt Bedenken. Natürlich wird es eine der vornehmsten Aufgaben des AnerbG. und dessen Vorsitzenden sein, im Interesse der Vermeidung von Prozessen auf Anregung der streitenden Parteien vermittelnd einzugreifen. Es wird daher den Parteien empfohlen, in etwa vorkommenden Streitfällen das AnerbG. anzurufen und dessen Vermittlung zu erbitten, um im Wege des gütlichen Ausgleichs eine Einigung herbeizuführen. Es mag den Beteiligten auch im Übertragsvertrag zur Pflicht gemacht werden, vor Anrufung des ordentlichen Gerichts die Vermittelung des AnerbG. anzurufen.

Der angef. Beschl. war, entsprechend den vorstehenden Ausführungen, zu ändern.

(LErbhGer. Celle, Beschl. v. 2. Nov. 1934, 3 EH 1949/34.) [—n.]

*

Stuttgart

5. § 46 RErbhofG.; §§ 11, 12 der 1. DurchfVO. Wo es sich nur um die privaten Belange der Beteiligten handelt, setzt die Zulässigkeit der Beschw. eine Beschwer des BeschwF. voraus, die dann nicht gegeben ist, wenn seinem Genehmigungsantrag nach Inhalt des zur Genehmigung vorgelegten Rechtsgeschäfts entsprochen worden ist. †)

Durch Übergabevertrag v. 27. Jan. 1934 haben die Eheleute Z. ihr schuldenfreies Anwesen von insgesamt 16,56 ha nebst Zubehör, abgesehen von der Torfwiese PN. 2028/1 und von dem Baugrundstück PN. 465, die sie für sich (die eine zur Gewinnung von Brennstoff, die andere Wiese als Bauplatz) zu benützen gedachten, an den Sohn Max um 19000 GM. verkauft. Hiervon sollten 10000 GM. als Heiratsgut des Sohnes verrechnet werden, weitere 5000 GM. sollten nach der Genehmigung des Vertrags bar an die Übergeber bezahlt werden, die diesen Betrag zu den Baukosten für ihren geplanten Neubau auf PN. 465 verwenden wollten. Die restlichen 4000 *RM* sollten dem Übernehmer gegen vierteljährliche Kündigung und gegen Sicherstellung durch eine Sicherungshypothek angeborgt und v. 1. Febr. 1934 an mit 4% verzinst werden. Außerdem war für die Übergeber ein auf drei Grundstücken einzutragendes Leibgeding bedungen, wozu auch ein Taschengeld gehören sollte.

Bezüglich der von den Eltern zurückbehaltenen Wiese PN. 465 war geplant, daß sie, soweit sie für den Bau nicht benötigt würde, dem Sohne nachträglich gleichfalls übergeben werden sollte.

Die Vertragsteile haben durch den Ratsschreiber die Genehmigung des Übergabevertrags beim AnerbG. beantragt, wobei der Ratsschreiber und der Ortsbauernführer die Genehmigung befürwortet haben. Der Landesbauernführer dagegen hatte Bedenken gegen die Tragbarkeit der übernommenen Lasten und die Zurückbehaltung des Bauplatzes geäußert. Das AnerbG. hat wegen dieser Bedenken durch Beschl. v. 28. Mai 1934 die Genehmigung versagt. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschl. wurden die Vertragsteile aber wieder bei Gericht vorstellig und haben sich am 16. Juli 1934 vor dem AnerbG. zu einer Abänderung des Übergabevertrags in folgenden zwei Punkten verstanden:

a) Der Übergabevertrag sollte sich auch auf die PN. 465 (Baugelände) erstrecken. Zu dem Bau des auf diesem Grundstück von den Übergebern erstellten Pfründnerhauses sollte der Übernehmer einen Betrag von höchstens 4500 *RM* leisten.

b) Als Gegenleistung sollten den Eltern neben der Reichung des Leibgedings nur noch die zu 4% verzinslichen 4000 *RM* bezahlt werden, und zwar in Jahresraten von 300 *RM*, die erst mit dem 1. Jan. 1937 einsetzen sollten.

Das AnerbG. hat nunmehr durch den angefochtenen Beschl. v. 16. Juli 1934 die Genehmigung zu dem abgeänderten Übergabevertrag erteilt, jedoch ausgesprochen, daß von der Eintragung der Sicherungshypothek für die 4000 *RM* abgesehen werde.

Gegen diesen Beschluß hat Anton Z., vertreten durch seine Tochter Marie H., sofortige Beschwerde eingelegt, die sich gegen

---

[1]) Vgl. den Leitsatz der Entsch.

Zu 5. Die Entsch. befaßt sich mit einer für die Rechtsübung wichtigen Frage; beim ersten Lesen hat man den Eindruck, als wenn die Begründung ohne weiteres einleuchte. Bei genauerer Prüfung entstehen jedoch Zweifel, ob die Entsch. richtig ist.

Nach § 20 FGG. i. Verb. m. § 11 der 1. DurchfVO. zum RErbhofG. steht gegen den Beschl. des AnerbG. jedem die Beschwerde zu, dessen Recht durch den Beschl. beeinträchtigt wird. Da es sich um ein Verfahren mit Amtsbetrieb handelt, hat das Gericht pflichtgemäß zu prüfen, ob der zur Genehmigung vorgelegte Vertragsentwurf den Bestimmungen des RErbhofG. und den darin für die Beteiligten vorgesehenen Rechten entspricht. Wird ein Beteiligter durch den Beschl. in seinen Rechten beeinträchtigt, so steht ihm ein Beschwerderecht zu. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Betreffende auch formell beschwert ist, ob also etwa ein von ihm gestellter Antrag abgelehnt worden ist oder nicht. Wenn das AnerbG. einen Antrag genehmigt, der Antragsteller aber inzwischen erkannt hat, daß diese Regelung seine Rechte verletzt, so steht der Umstand, daß eine formelle Beschwerung fehlt, einer Beschwerde nicht entgegen. Diese Auffassung wird von Schlegelberger, FGG., 4. Aufl., § 20 Anm. 7 allgemein für die freiwillige Gerichtsbarkeit vertreten, und Wöhrmann ist ihr in JW. 1934, 2198 für das anerbengerichtliche Genehmigungsverfahren beigetreten.

Das Ergebnis, zu dem das ErbhGer. gelangt, ist auch sachlich unbefriedigend. Der Antragsteller ist offenbar mit der Regelung, zu der er sich am 16. Juli 1934 entschlossen hatte, nicht mehr zufrieden. Da ein formell bindender Vertrag nicht vorliegt, wird er kaum geneigt sein, eine Übernahme zu den genehmigten Bedingungen abzuschließen. Die Sache kommt also trotz zweier rechtskräftiger Entsch. nicht weiter. Das Verlangen des Übergebers, daß das Pfründnerhaus sein Eigentum sein solle, ist nicht von vornherein als völlig abwegig anzusehen, und es hätte sich schon gelohnt, sich mit dem BeschwF. über diese Frage sachlich auseinanderzusetzen. Hätte das Gericht mündliche Verhandlung angeordnet und das Für und Wider der einzelnen Streitpunkte mit den Parteien durchgesprochen, so wäre es ihm wahrscheinlich gelungen, eine wirkliche Einigung der Beteiligten herbeizuführen und damit die letzten Hindernisse für das Zustandekommen des Übergabevertrags auszuräumen.

MinR. Dr. Vogels, Berlin.

die Genehmigung der Übergabe des Grundstücks PN. 465, soweit es mit dem Pfründnerhaus überbaut ist, richtet. Der BeschwF. hat beantragt, die Genehmigung des Übergabevertrags nur mit der Maßgabe zu erteilen, daß ihm das Eigentum am Pfründnerhaus nebst dem dazugehörigen Gartenland (etwa 15 a, die von PN. 465 wegzumessen seien), zu seinen Lebzeiten zu verbleiben habe.

Die Beschwerde ist unzulässig, weil der BeschwF. durch die angefochtene Genehmigung des Übergabevertrags nicht beschwert ist.

Die Parteien haben sich vor dem AnerbG. über gewisse Änderungen des Übergabevertrags geeinigt. Dazu gehörte die Abmachung, daß das Baugrundstück als Bestandteil des Erbhofs auf den Anerben mitübergehen soll und dieser zu den Baukosten des Übergebers einen gewissen Betrag beisteuern sollte. Den so geänderten Übergabevertrag unterbreiteten die Vertragsparteien der Genehmigung des AnerbG., wobei es unerheblich ist, ob diese Änderungen bzw. der ursprüngliche schuldrechtliche Übergabevertrag, der durch die rechtskräftige Versagung der Genehmigung v. 28. Mai 1934 hinfällig geworden war, in der Form des § 313 BGB. beurkundet waren, da die Vorlage eines formgerechten Veräußerungsvertrags für die Genehmigungsverfahren des § 37 RErbhofG. nicht erforderlich ist.

Das AnerbG. hat durch den angefochtenen Beschl. die von beiden Vertragsteilen beantragte Genehmigung mit der Maßgabe des Wegfalls der hypothekarischen Sicherstellung erteilt. Der BeschwF. erstrebt nun die Versagung der Genehmigung für den Vertrag, auf den er sich mit seinem Sohn am 16. Juli 1934 geeinigt hatte, und beantragt bezüglich des Pfründnerhauses wiederum die Genehmigung des ursprünglichen Übergabevertrags v. 27. Jan. 1934. Die Beschwerde setzt im vorliegenden Fall, in welchem es sich nur um private Belange der Beteiligten handelt (zu vgl. Wöhrmann: JW. 1934, 2196), für ihre Zulässigkeit voraus, daß der BeschwF. durch die angefochtene Entsch. überhaupt sachlich beschwert ist. Eine solche Beschwerung liegt aber hier nicht vor. Denn der BeschwF. hat am 16. Juli 1934 sich mit seinem Sohne vor dem AnerbG. dahin geeinigt, daß das Baugrundstück auf den Sohn mitübergehen soll, und hat um die anerbengerichtliche Genehmigung des so geänderten Übergabevertrags nachgesucht. Diesem seinem Antrag hat das AnerbG. entsprochen, der BeschwF. ist also durch die Genehmigung dieses Vertrags nicht beschwert. Seine Beschwerde war daher als unzulässig zu verwerfen.

(ErbhGer. b. OLG. Stuttgart, Beschl. v. 16. Okt. 1934, E Nr. 180/34.)
[S.]

Erbgesundheitsgerichte

1. §§ 1, 9 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses v. 14. Juli 1933; Art. 4 AusfVO. v. 5. Sept. 1933; § 12 FGG.; § 1910 BGB. Der Unfruchtbarzumachende hat in dem gegen ihn eingeleiteten Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör und muß deshalb sich vertreten können. Ist er geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist ihm von Amts wegen vor Einleitung des Verfahrens ein Pfleger zu bestellen.

Am 25. Sept. 1934 hat das KreisGesA. A. dem ErbgesGer. G. überreicht:

1. Antrag des W. E. auf Unfruchtbarmachung;

2. ärztliche Bescheinigung, daß W. E. über das Wesen und über die Folgen der Unfruchtbarmachung aufgeklärt worden ist;

3. Antrag des KreisGesA. auf Unfruchtbarmachung.

Darauf hat das ErbgesGer. G. ohne jede Aufklärung und Ermittlung am 2. Okt. 1934 die Unfruchtbarmachung beschlossen. Erst danach hat das Ger. die Bestellung eines Pflegers bei dem zuständigen VormGer. nach § 1910 Abs. 2 BGB. beantragt. Der Pfleger ist erst am 9. Nov. 1934 zwecks Vertretung des W. E. in dem Verfahren betr. Unfruchtbarmachung bestellt worden, nachdem W. E. inzwischen am 20. Okt. 1934 Beschw. eingelegt hatte.

Dieses Verfahren ist nicht zu billigen.

Es wäre schon Aufgabe des KreisGesA. gewesen, bei Antragstellung und Vorlage des ärztlichen Gutachtens sich darüber zu äußern, ob W. E. geschäftsfähig, beschränkt geschäftsfähig oder geschäftsunfähig ist. Denn das Recht der Antragstellung ist nach § 2 Ges. v. 14. Juli 1933 in jedem der Fälle verschieden. Die Feststellung ist auch von Bedeutung zur Entsch. der Frage, wer zur Einlegung der Beschw. berechtigt ist (vgl. Gütt-Rüdin-Ruttke Anm. 1 zu § 9 des Ges.).

Nun soll aber jeder Erbkranke wissen, was in dem gegen ihn eingeleiteten gerichtlichen Verfahren mit ihm geschehen soll. Er hat auch in diesem Verfahren, das sich gegen ihn richtet, den Anspruch auf rechtliches Gehör, auch muß ihm die Rechtsverfolgung ermöglicht werden (RGRKomm. zu § 1910 BGB.). Beides ist hier unterlassen worden, da W. E. nach der späteren Auskunft des Pflegers keine hinreichende Vorstellung über das Wesen der Unfruchtbarmachung hat, und überhaupt keine Aufklärung stattgefunden hat. Die Fähigkeit eines Menschen, sein Recht vor dem Gerichte wahrzunehmen, ist, soweit nicht gem. Art. 4 AusfVO. v. 5. Sept. 1933 das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit zur Anwendung kommt, nach bürgerlichem Recht zu beurteilen (vgl. Schlegelberger Anm. 7 zu § 13 FGG.). Geschäftsunfähige können also grundsätzlich Antrag nur durch ihren gesetzlichen Vertreter, beschränkt Geschäftsfähige nur mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter Anträge stellen (RG. 65, 199/203 = JW. 1907, 198).

Ebensowenig, wie ein Geschäftsunfähiger im sonstigen Rechtswesen rechtsgültige Erklärungen abgeben kann, ohne daß ihm nach den Vorschr. des BGB. ein gesetzlicher Vertreter bestellt worden ist, ebensowenig kann in dem hier fraglichen Verfahren ein geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erbkranker für sich allein Anträge stellen und sich vertreten.

Aus all dem erhellt, daß schon bei Einleitung des Verfahrens auf Unfruchtbarmachung die Bestellung eines Pflegers von Amts wegen in die Wege zu leiten ist, sobald ein Unfruchtbarzumachender durch sein Leiden an der Besorgung seiner Angelegenheiten verhindert ist (Staudinger, BGB. zu § 1910 Anm. 2b und 5).

Die nachträgliche Einleitung einer Pflegschaft kann diese Gesetzesverletzung nicht beseitigen. Es wäre vielmehr die Bestellung des Pflegers vor Einleitung des Verfahrens und vor Entschließung über die Frage, ob und welche weiteren Ermittlungen nach § 12 FGG. einzuleiten waren, erforderlich gewesen. Dies hat das ErbgesGer. G. völlig unterlassen, trotzdem es nach der angezogenen Best. ausdrücklich vorgeschrieben ist. Die Anhörung des Beteiligten oder erforderlichenfalls seines Pflegers ist das wichtigste Mittel zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit des Unfruchtbarzumachenden, des übrigen Sachverhalts und der Frage, ob nach der ganzen Sachlage eine Erbanlage krankhaft vorhanden ist. Schon aus diesem Grunde ist also eine Anhörung immer geboten, mindestens zweckmäßig und deshalb nicht zu umgehen. Durch diese Anhörung ist am leichtesten der Sachverhalt unter Ausschluß etwaiger Zweifel festzustellen (Schlegelberger zu § 12 Anm. 19 FGG.).

Sämtliche ErbgesGer. mit Ausnahme des ErbgesGer. G. im Bezirk des unterzeichneten ErbgesObGer. verfahren auch in dieser Weise. Das von dem Gericht in G. eingeschlagene Verfahren würde im Ergebnis bedeuten, daß lediglich nach der Auffassung des KreisGesA. ohne jede Aufklärung Entsch. zu treffen ist. Das aber soll nach dem Geist des Gesetzes und seinem Zwecke gerade vermieden werden, denn die Entsch. über diese wichtige, das Leben eines Menschen schwer beeinflussende Maßnahme ist besonderen Gerichten übertragen worden, welche nach vorgeschriebenen Verfahren zu prozedieren haben, damit die der Schwierigkeit und Wichtigkeit der Sache entsprechende sorgfältige Entsch. gewährleistet ist.

Da das Verfahren verletzt ist, so war die Zurückverweisung der Sache geboten.

(ErbgesObGer. Darmstadt, Beschl. v. 17. Dez. 1934, EO 202/34.)

Ber. v. OLGR. Dr. Bittel, Darmstadt.

*

2. § 7 Abs. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Schriftliche oder mündliche Anhörung der Beteiligten ist in der Regel geboten. Zurückverweisung an das Erbgesundheitsgericht.

Die Ansicht des BeschwF., daß der Vater des Erbkranken hätte gehört werden müssen, weil der Erbkranke erst 20 Jahre alt ist, trifft allerdings nicht zu. In dem Verfahren vor dem ErbgesGer. ist aber auch der Erbkranke selbst weder schriftlich noch mündlich gehört worden und sind überhaupt keine Ermittlungen angestellt worden, vielmehr hat das ErbgesGer. lediglich auf Grund des Gutachtens entschieden. Ein solches Verfahren ist gesetzlich nicht unzulässig. Schlegelberger (Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4. Aufl., S. 127) sagt aber mit Recht, daß die Anhörung der Beteiligten zur Ermittlung der Wahrheit fast immer geboten und schon deshalb zweckentsprechend sein wird, weil sich auf diese Weise zum mindesten eine Reihe von Zweifeln regelmäßig am leichtesten beseitigen läßt.

Im vorl. Falle ist noch nicht vollständig geklärt, ob die Fallsucht erblich ist. E. J. und sein Vater werden zu vernehmen sein, bei der Universitäts-Nervenklinik in F. wird anzufragen sein, ob

dort Verwandte des E. J. an einschlägigen Krankheiten behandelt worden sind, und möglicherweise werden noch weitere Ermittlungen erforderlich werden. Damit dem E. J. nicht eine Instanz verlorengeht, erschien es geboten, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Sache an das ErbgesGer. zurückzuverweisen.

(ErbgesObGer. Frankfurt a. M., Beschl. v. 3. Dez. 1934, E W 82/34.)

Ber. von Ref. Lothar Führ, Frankfurt a. M.

*

3. Art. 1 Abs. 2, Art. 6 Abs. 3 DurchfVO. v. 5. Dez. 1933 zum Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Das ErbgesGer. darf eine Aussetzung des Verfahrens vor dem ErbgesGer. und der Ausführung der Unfruchtbarmachung nur bei Lebensgefahr anordnen. Auch ohne solche Anordnung ist der ausführende Arzt verpflichtet, den für den Erbkranken günstigsten Zeitpunkt für den Eingriff zu bestimmen.

Das ErbgesObGer. hat nach dem Gesetz nicht das Recht, die Beschlußfassung, wie der Erbkranke es beantragt hat, auf ein Jahr auszusetzen. Zweifel an der zu erlassenden Entsch. können nicht bestehen. Zweifel können vielleicht nur nach der Richtung hin entstehen, ob die Unfruchtbarmachung jetzt bereits durchgeführt werden kann. Nach der Auskunft der Landesheilanstalt Schl. ist die Durchführung der Operation bei dem augenblicklichen Zustand nicht möglich. Eine Beschlußfassung darüber, ob die Operation zur Zeit auszusetzen ist, erübrigt sich jedoch. Ein solcher Beschluß könnte nach Art. 6 Abs. 3 DurchfVO. v. 5. Dez. 1933 nur dann vom ErbgesGer. gefaßt werden, wenn für den Erbkranken eine Lebensgefahr mit der Operation vorhanden wäre. Daß eine solche Gefahr besteht, ist nicht bescheinigt worden. In allen anderen Fällen jedoch ist es Sache des ausführenden Arztes, den Zeitpunkt zu bestimmen, zu welchem die Unfruchtbarmachung vorgenommen wird. Jeder Arzt ist durch die ärztliche Wissenschaft gehalten, eine Operation zu demjenigen Zeitpunkte vorzunehmen, zu welchem sie dem Kranken die geringste Gefahr bietet. Das gilt auch für die Operation der Unfruchtbarmachung. Auch hier schließen z. B. Erregungszustände des Erbkranken oder eine andere noch vorhandene Krankheit die Operation so lange aus, bis der Arzt sie nach seinem ärztlichen Gewissen verantworten kann.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 16. Nov. 1934, WErb 63/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Grunau, Kiel.

*

4. § 12 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses; §§ 218, 54 StGB. Es entspricht nicht dem in Deutschland geltenden Recht, daß die Erbkranke selbst und der sie behandelnde Arzt gegen § 218 StGB. verstoßen und sich strafbar machen, wenn die Schwangerschaft der Erbkranken unterbrochen wird. Die Anordnung der Unfruchtbarmachung einer Erbkranken braucht wegen der bestehenden Schwangerschaft nicht ausgesetzt zu werden, vielmehr kann die sofortige Ausführung der Unfruchtbarmachung angeordnet werden. †)

Die angeblich Erbkranke selbst und der beamtete Arzt beantragen ihre Unfruchtbarmachung wegen erblicher Taubheit (Taubstummheit). Die Eltern der Erbkranken sind beide nicht taubstumm. Der Ehemann der Erbkranken ist ebenfalls taubstumm. Seine Eltern sind ebenfalls beide nicht taubstumm. Der Vater des Ehemannes ist mit 27 Jahren erblindet. Die Erbkranke hat bereits ein taubstummes Kind, Ilse, von einem anderen Vater, der Trinker war. Von ihrem Ehemann hat sie bisher kein lebendes Kind, sondern nur eine Fehlgeburt. Zur Zeit ist sie im fünften Monat schwanger.

Die Diagnose „angeborene Taubheit" ist durch das Gutachten von Stationsarzt Dr. X. und den persönlichen Eindruck im Termin gesichert. Die Erblichkeit der angeborenen Taubheit ist durch das taubstumme Kind Ilse erwiesen. Da die Erbkranke zur Zeit schwanger ist, ist zu untersuchen, ob die Unfruchtbarmachung bis zur Entbindung ausgesetzt werden muß. Das Gericht ist der Ansicht, daß dies nicht geschehen darf. Die Erbkranke wünscht, die Schwangerschaft zu unterbrechen, weil sie erwartet, daß auch dieses Kind taubstumm sein wird. Diese Vermutung hat eine sehr große Wahrscheinlichkeit für sich. Da beide Ehegatten an angeborener erblicher Taubheit zu leiden scheinen, aber beide Elternpaare nicht taub sind, kann es sich nur um eine verdeckt vererbliche (rezessive) Taubheit handeln. Beide Elternteile sind also in bezug auf die Taubheit gleicherbig (homogametisch). Bei solchem Erbgang können nur taube Kinder entstehen. Es besteht also eine ebenso große Wahrscheinlichkeit dafür, daß das zu erwartende Kind an erblicher Taubheit (Taubstummheit) leiden wird, wie die Wahrscheinlichkeit ist, daß die Diagnose „erbliche Taubheit" der Eltern richtig ist. Es besteht aber nur eine ganz geringe Aussicht, daß man sich in der Diagnose hinsichtlich der Eltern täuscht. Hinzu tritt, daß auch die Blindheit des Schwiegervaters der Erbkranken mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf Erbanlage zu beruhen scheint. Für das zu erwartende Kind bedeutet das, daß es nicht nur mit allergrößter Wahrscheinlichkeit taubstumm, sondern möglicherweise auch noch erbblind sein wird.

Wenn das geltende Recht in § 218 StGB. trotzdem die Unterbrechung der Schwangerschaft verbietet, so hat der Richter, der zur Änderung des geltenden Rechts nicht befugt ist, das hinzunehmen. Das Gericht ist aber überzeugt, daß das geltende Recht eine solche Entsch. nicht verlangt.

In ärztlichen Kreisen ist die Ansicht weit verbreitet, daß es eine andere ausdrückliche Gesetzesbestimmung gebe, die dem Arzt gestattet, die Schwangerschaft zu unterbrechen, wenn Leib und Leben der Mutter in dringender Gefahr sind. Das ist nicht richtig. Es gibt nur die ausdrückliche Vorschr. des gesetzlichen Notstandes im § 54 StGB.

Hiernach ist jeder Arzt, der eine Schwangerschaft zur Rettung der Schwangeren aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben unterbricht, trotzdem gem. § 218 StGB. zu bestrafen, wenn er nicht zufällig zu den Angehörigen der Schwangeren gehört. Tatsächlich hat man lange Zeit hindurch diese unsinnige Folgerung aus dem Wortlaut des Gesetzes gezogen. Noch i. J. 1925 wies der damalige ORA. Prof. Dr. Ebermayer in seinem Buche „Arzt und Patient in der Rspr." S. 255 darauf hin, daß nach damaligem Recht — besonders dem RGUrt. v. 21. Dez. 1915: LZ. 1916, 403 — ein Arzt, selbst wenn der Eingriff zur Abwendung einer Leib und Leben der Schwangeren drohenden Gefahr geschah, mit einer Strafverfolgung rechnen müsse. Er selbst bezeichnete damals allerdings den Zustand bereits als unhaltbar.

Vielfachen Angriffen nachgebend, hat schließlich das RG. in der Entsch. v. 11. März 1927: RGSt. 61, 243 ff. = JW. 1927, 2021[38] den sog. „übergesetzlichen" Notstand anerkannt. Übergesetzlich heißt dieser Notstand im Gegensatz zu dem vorerwähnten gesetzlichen des § 54 StGB. Er ist nirgends im geltenden Recht ausdrücklich verankert, sondern er ist lediglich eine Folge allgemeiner rechtsphilosophischer Erwägungen, die von der Rspr. anerkannt werden. Das RG. führt in der angezogenen Entsch. S. 247 folgendes aus:

„Außer der Tatbestandsmäßigkeit gehört nun aber zum Begriff des Verbrechens die Rechtswidrigkeit, und zwar auch dann, wenn dieses Merkmal in der gesetzlichen Verbrechensform nicht ausdrücklich erwähnt ist (vgl. u. a. RGSt. 2, 377)."

Das RG. will hiermit erstens sagen, daß ein Verbrechen nur dann vorliegt, wenn die Rechtswidrigkeit der Handlung festgestellt ist, und zweitens darauf hinweisen, daß das Wort „rechtswidrig" in dem entsprechenden Paragraphen des StGB. nicht zu stehen braucht. Das RG. fährt fort:

„Die Sachlage erfordert hier insbes. eine Prüfung der Frage, ob eine von einem Arzt auf Grund „medizinischer Indikation" zur Rettung der Schwangeren aus Lebens- und Leibesgefahr ausgeführte Schwangerschaftsunterbrechung rechtswidrig ist. Unter welchen Voraussetzungen Handlungen, die den äußeren Tatbestand einer Straftat erfüllen, als nicht rechtswidrig zu erachten sind, ist nicht nur aus dem Strafrecht, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen. Die Vorschr. des § 20 des amtlichen Entw. ‚Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist' ist bereits geltendes Recht. Die Rechtssätze, aus denen sich die Gründe für die Rechtmäßigkeit oder — negativ ausgedrückt — für die Ausschluß der Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Unrechtsausschließungsgründe) ergeben, können dem gesetzten oder ungesetzten Recht angehören. Sie können insbes. im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zwecks und gegenseitigen Verhältnisses der geschriebenen Normen ermittelt werden."

Diese RGEntsch. befindet sich in Übereinstimmung mit der Rechtswissenschaft, die in Lehrbüchern und Kommentaren zum StGB. mit verschiedener Begr. den gleichen Standpunkt vertritt.

So heißt es in dem Lehrbuch des deutschen Strafrechts von Liszt und Schmidt (Berlin-Leipzig 1927, 25. Aufl.) S. 172 Anm. 1:

„Das Verbrechen ist (nach unserem Werturteile) rechtswidrig, nicht aber bewirkt es eine Rechtswidrigkeit."

Ferner S. 177 unter II Ziff. 2:

„Fehlt es an einem Rechtfertigungsgrunde des positiven

Zu 4. Vgl. auch Schaffstein: JW. 1934, 1883 ff.

Rechts, so steht damit die Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßigen Handelns noch nicht unbedingt fest. Vielmehr gibt eine Besinnung auf den materiellen Inhalt der in Frage stehenden Handlung doch vielleicht noch die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit des Verhaltens festzustellen."

S. 200 III:

„Eine besondere Gruppe bilden jene Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, die sich als das angemessene Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstellen. Sie sind nach allgemeinem Grundsatz als rechtmäßige Handlungen anzusehen, können also niemals unter den Begriff einer Straftat fallen."

Es werden dann die Eingriffe zu Heilzwecken, die an sich einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllen, erörtert und erklärt, daß die zur Erreichung dieses Zweckes nach den Regeln der Hygiene und Heilkunde vorgenommenen Handlungen rechtmäßig seien, mögen sie gelingen oder mißlingen. Zum Schluß heißt es dann S. 202:

„Auch die übrigen hier einschlagenden Fragen sind aus demselben Gesichtspunkte zu beurteilen, so die Erhaltung des Lebens der Mutter durch Bewirkung der Frühgeburt oder durch Zerstückelung der Frucht im Mutterleibe (Perforation)."

In Anm. 7 wird hinzugesetzt, daß die Schwangerschaftsunterbrechung mit dem Fall des ärztlichen Eingriffs zum Zweck der Heilbehandlung, die an sich als Körperverletzung gelten würde, gleich zu behandeln sei.

Der Kommentar von Ebermayer, Lobe und Rosenberg zum StGB. steht auf dem gleichen Standpunkt. Dort heißt es (4. Aufl., Berlin-Leipzig 1929) zu § 218 unter Ziff. 4:

„Objektive Rechtswidrigkeit ist auch hier die Voraussetzung der Strafbarkeit."

Über die Rechtswidrigkeit heißt es S. 14:

„Nicht rechtswidrig und daher von den Verboten überhaupt nicht getroffen sind Handlungen in folgenden Fällen ... Sofern mit diesen Begriffen der von Ausnahmen von der Regel verbunden wird, ist er verfehlt. Er bedeutet als Verneinung der Rechtswidrigkeit lediglich die Bejahung der Rechtmäßigkeit ... Wann die Rechtsordnung Handlungen für rechtmäßig erachtet, ist nicht nur aus dem Strafgesetz, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung, nur aus der Gesamtheit ihrer Vorschr. zu entnehmen ...

Im einzelnen ist folgendes hervorzuheben:

1. ...

2. Notstand ... Außerhalb des StGB. und des BGB. ist ein Rechtfertigungsgrund aber anzuerkennen bei einem Pflicht- und Rechtsgüternotstand, der vorliegt, wenn das höherwertige Rechtsgut und die wichtigere Pflicht nur zu erhalten ist unter Aufopferung des minderwertigeren Rechtsguts und der geringeren Pflicht, wobei jedoch die Wertbemessung der verschiedenen im Widerstreit stehenden Pflichten und Rechtsgüter dem geltenden Recht zu entnehmen ist. Die höhere Pflicht ist auf Kosten der minderhohen zu erfüllen ... Das geringwertige Rechtsgut muß dem höherwertigen weichen ... Dies wird für die Frage der Fruchtabtreibung von Bedeutung ..."

Frank nimmt in seinem Kommentar zum StGB. für das deutsche Reich (16. Aufl., Tübingen 1925) nur insofern einen abweichenden Standpunkt ein, als er S. 131 die Rechtfertigungsgründe für Ausnahmen erklärt.

Grundsätzlich erklärt auch er S. 4:

„Ein Verhalten kann zwar rechtswidrig sein, ohne daß es strafbar wäre, aber niemals strafbar bei mangelnder Rechtwidrigkeit."

und S. 131:

„... Endlich braucht der eine Ausnahme von dem Verbot begründende Rechtssatz nicht immer ausdrücklich erklärt zu sein. Er kann auch aus dem Zusammenhang der Rechtsordnung im ganzen folgen. Z. B. rechtfertigt die dem Staatskirchenrecht entsprechende Zulassung eines Bettelordens den § 361 Nr. 4 mit Strafe bedrohten Bettel."

Auch die anderen Lehrbücher und Kommentare vertreten ähnliche Auffassungen wie die hier angeführten. Es erübrigt sich, diese Ansichten, die nur geringe Abweichungen zeigen, alle einzeln auszuführen. Das RG., Lehrbücher und Kommentare vertreten also einhellig die Auffassung, daß es keineswegs genüge, daß eine Handlung gegen den Wortlaut des Strafgesetzes verstoße, um ihre Rechtswidrigkeit festzustellen. Vielmehr wird die Rechtswidrigkeit durch andere Erwägungen als die Strafdrohung bestimmt. Ob diese anderen Erwägungen nun aufgefaßt werden als eine Einschränkung der an sich bestehenden Rechtswidrigkeit oder als eine Abgrenzung der Rechtswidrigkeit selbst, ist eine Frage der logischen Konstruktion, die das Ergebnis nur erklärt, aber nicht finden helfen kann. Der einzige bestehende Widerspruch ist deshalb praktisch bedeutungslos. Auf welchem Wege soll nun aber festgestellt werden, ob eine Handlung rechtswidrig ist oder nicht, wenn die im StGB. enthaltene Strafdrohung hierfür nicht ausreicht?

Hierauf antwortet eine weitere Entsch. des RG. 62, 137 (138) mit aller Klarheit:

„Die Anerkennung des Rechtfertigungsgrundes des übergesetzlichen Notstandes beruht auf dem Rechtsgrundsatz, daß es dann, wenn zwei rechtlich geschützte Güter in Widerstreit geraten und so eins nur auf Kosten des anderen erhalten werden kann, nicht gegen die Rechtsordnung verstößt, also nicht rechtswidrig ist, das höherwertige auf Kosten des geringerwertigen zu wahren."

Es ist also zu untersuchen, ob hier neben dem rechtlich geschützten Gut, nämlich dem Leben des werdenden Kindes, ein zweites Rechtsgut besteht, das von der geltenden Rechtsordnung geschützt ist. Es ist ferner zu untersuchen, ob beide Güter in Widerstreit geraten sind. Ferner, ob das eine nur auf Kosten des andern erhalten werden kann, und schließlich, ob das eine oder das andere das Höherwertige ist.

1. Das Gut, zu dem das Leben des werdenden Kindes in Widerspruch tritt, ist Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes. Es ist nicht davon auszugehen, daß ein einzelnes erbkrankes Kind solche Wirkung nicht auszuüben vermag; denn es handelt sich nicht nur um ein einzelnes Kind, sondern um viele tausend gleichliegende Fälle. Diese vielen tausend Fälle gefährden den Bestand und die Gesundheit des deutschen Volkes in ganz erheblichem Maße. Es würde zu weit führen, hier auf Einzelheiten einzugehen. Es genügt vielmehr, auf die einschlägige propagandistische und Fachliteratur hinzuweisen, die im heutigen Staat allgemein als bekannt vorausgesetzt werden darf. Man könnte erwidern, das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses tritt bereits der drohenden Gefahr entgegen, so daß weitere Maßnahmen nicht erforderlich seien. Das ist aber nicht richtig. Das Gesetz wird in der amtlichen Begr. und auch sonst von maßgebender Seite in der Öffentlichkeit als ein erster Schritt auf dem Wege rassenhygienischer Maßnahmen bezeichnet, den der heutige Staat zu gehen beabsichtigt. Es liegt deshalb durchaus im Sinne dieses Gesetzes selbst, es nicht als einen endgültigen Abschluß, sondern als erste vorbereitende Maßnahme zu behandeln. Ihm ist zu entnehmen, daß die Erbgesundheit des deutschen Volkes ein geschütztes Rechtsgut sein soll, das nicht nur durch einige, bereits im positiven Recht stehende Maßnahmen geschützt wird, sondern das ganz allgemein unter den Schutz der Rechtsordnung gestellt wird. Gerade aus der Tatsache, daß dieses Gesetz als Anfang einer neuen Erbgesundheitspflege bezeichnet wird, ist zu entnehmen, daß die Erbgesundheit des Volkes schon nach dem geltenden Recht allgemein ein rechtlich geschütztes Gut ist.

2. Auch durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses sind die zahlreichen Erbkranken in Deutschland noch längst nicht unfruchtbar geworden. Vielmehr wird es einer jahrelangen Tätigkeit der ErbgesGer. bedürfen, um diese Unfruchtbarmachung, die das Gesetz will, zu verwirklichen. Immer wieder wird es in diesen Jahren vorkommen, daß erbkranke Frauen Kinder tragen, von denen mit größter Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden kann, daß sie erbkrank sein werden. Immer wieder wird es vorkommen, daß der belehrende Arzt und das ErbgesGer. die schwangere Frau darüber aufklären müssen, was ihren Kindern bevorsteht, wenn sie sich nicht unfruchtbar machen lassen, und immer wieder wird eine einsichtige Erbkranke dann an Arzt und Gericht die Frage stellen: „Weshalb muß dann mein unglückliches Kind zur Welt kommen, wenn es so viel Leid zu erwarten hat?" Immer wieder wird also der Bestand und die Gesundheit des deutschen Volkes durch solche Kinder gefährdet werden. Das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses beseitigt also nicht den Widerstreit zwischen dem werdenden Leben des erbkranken Kindes und der Gefährdung von Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes.

3. Da die rechtzeitige Verhütung derartiger Kinder nicht möglich ist, der Bestand des deutschen Volkes aber aufs schwerste gefährdet ist, kann das deutsche Volk keine weitere Verzögerung erbgesundheitlicher Maßnahmen ertragen. Insbes. ist die Gefährdung des Volkes bereits so weit vorgeschritten, daß es völlig unerträglich ist, heute noch erbkranke Kinder aufzuziehen. Es ist deshalb festzustellen, daß die Gesundung des deutschen Volkes nur mit äußerster Anspannung, also auch nur auf Kosten der jetzt zu erwartenden erbkranken Kinder, überhaupt noch gewahrt werden kann.

4. Ist zu untersuchen, welches dieser beiden Rechtsgüter, nämlich das Leben des ungeborenen Erbkranken oder das Leben und die Gesundheit des deutschen Volkes höherwertig ist. Da der Sinn alles Rechts in Maßnahmen zur Erhaltung der Art zu finden ist und dies der einzige Maßstab ist, mit dem Rechtsgüter überhaupt aneinander gemessen werden können, ist kein Zweifel, daß sogar das Leben eines hochwertigen Volksgenossen, z. B. im Felde oder im politischen Kampfe ohne weiteres zur Erhaltung der Art eingesetzt werden darf. Erst recht darf das Leben eines ungeborenen Erbkranken eingesetzt werden.

Dem geltenden Recht war eine derartige Abwägung auch bisher durchaus geläufig. Die angeführten RGEntsch. haben keine Bedenken, das Leben des ungeborenen Kindes weniger hoch anzuschlagen als das Leben der Schwangeren, die das Kind gebären soll.

In dem Urt. des RG. 61, 243 heißt es S. 248 weiter, daß i. J. 1917 von der durch Hinzuziehung von Vertretern der Ärztekammer erweiterten preußischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen Leitsätze aufgestellt seien, in denen es die Ärzte für angezeigt erachtet hätten, die Schwangerschaft zu unterbrechen, wenn bei der Schwangeren infolge einer bereits bestehenden Erkrankung eine als unvermeidlich erwiesene schwerste Gefahr für Leben und Gesundheit vorhanden sei, die durch kein anderes Mittel abgewandt werden könne. Dagegen wird dort die Unterbrechung aus sozialen oder rassenhygienischen (eugenischen) Gründen abgelehnt. Die angeführten Kommentare und Lehrbücher des Strafrechts äußern sich in keiner Weise zu dem Gegensatz, der darin liegt, daß das Leben der Schwangeren so hoch bewertet, dagegen das Leben und die Gesundheit des Volkes durchaus nicht beachtet wird. Es ist zu betonen, daß hier kein Gegensatz der juristischen Überlegung, sondern lediglich ein Gegensatz der Wertung der Rechtsgüter besteht. Diese Wertung ist zwar auch durch den Richter vorzunehmen, wie RG. und Wissenschaft übereinstimmend erklären. *Sie wird aber nicht durch juristische Erwägungen in engerem Sinne, sondern durch allgemeine weltanschauliche Werturteile bestimmt. Hier zeigt sich der ganze Gegensatz nationalsozialistischer Auffassung, die das Leben des Volkes, die Erhaltung der Art in den Vordergrund stellt, im Gegensatz zu liberaler Wertung, die das individuelle Leben für das Wesentlichste erachtet.* Nur an einem Beispiel sei gezeigt, wie stark diese juristische Lehrmeinung, die das Individuelle betont, tatsächlich dieser heute gewöhnlich als „liberal" bezeichneten Weltanschauung angehört. *Ebermayer* schreibt in dem schon erwähnten Buche „Arzt und Patient in der Rspr." S. 269 zur Frage der Unfruchtbarmachung:

„Mit dem Verfasser des vorerwähnten Artikels bin ich der Meinung, daß eine zwangsweise Sterilisation, mag das Verfahren noch so trefflich und gewissermaßen elegant ausgebildet sein, eine krasse Regierung des „Selbstbestimmungsrechtes" darstellt, zu der sich der Gesetzgeber nicht entschließen darf ... Ein staatlicher Zwang widerstrebt dem sittlichen und rechtlichen Empfinden ... Erziehungsanstalten für Jugendliche, Arbeitshäuser, Besserungs- und Verwahrungsanstalten, Trinkerheilanstalten für Erwachsene und wie die verschiedenen Sicherungsmaßnahmen alle heißen ... mögen dazu dienen, diese Forderung zu erfüllen. Zwangsweise Sterilisation möge aber dem deutschen Strafgesetz einstweilen fernbleiben. Für diese Maßregel ist m. E. das deutsche Empfinden — ich möchte wohl sagen: glücklicherweise — noch nicht reif."

Schließlich führt *Ebermayer* beifällig *Kramers* Ansicht an, wo es heißt:

„In der Zwangssterilisation liege ein aliberaler Zug und — bemerkt *Kramer* mit feiner Ironie — wer dem Gemeinschaftsinteresse zuliebe sich freiwillig sterilisieren lasse, bekunde ein so hohes soziales Verantwortungsbewußtsein und tiefes Gemeinschaftsgefühl, daß seine Sterilisation auch vom Standpunkt der Eugenik ein Unsinn sei."

Aus diesen Worten *Ebermayers* ist zu entnehmen, daß er selbst aliberale Gedanken, wie die Zwangssterilisierung sie allerdings ist, ablehnt, so daß von ihm, der sich scheut, aliberal zu denken, nicht erwartet werden darf, daß er nationalsozialistische Wertungen vorzunehmen vermag. Lediglich an diesem Unterschied der Wertung liegt es, wenn die eugenische Indikation für die Schwangerschaftsunterbrechung bisher als nicht gegeben angesehen wurde. Die von *Ebermayer* angeführte Äußerung *Kramers* zeigt außerdem, daß beide Verfasser rassenhygienisch nicht geschult sind. Die Tatsache, daß jemand sich freiwillig unfruchtbar machen läßt, sagt gar nichts über sein Erbgut aus, zumal die Gründe, aus denen die Unfruchtbarmachung vom Arzt ausgeführt oder vom Gericht beschlossen wird, ganz andere sein können als die Gründe, aus denen der Erbkranke selbst seine Unfruchtbarmachung wünscht. Die bereits erwähnten, vom RG. angeführten Leitsätze der Ärztekammern und wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen von 1917 haben ebenfalls die Unterbrechung aus rassenhygienischen (eugenischen) Gründen abgelehnt. Das RG. behandelt diese Körperschaften, als ob sie für die Erörterung dieser Fragen sachverständig wären. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß unter den damaligen Mitgliedern der Ärztekammer und der Deputation sicher eine große Anzahl war, deren gesamte Weltanschauung ebenso ausgesprochen liberal war wie die von *Ebermayer* und *Kramer*. Alle diese Liberalen, die den Wert des Individuums weltanschaulich in den Vordergrund stellen, sind naturgemäß nicht imstande, eine Abwägung der Interessen von Individuum und Allgemeinheit vorzunehmen, wie sie der Erhaltung der Art förderlich, also rechtens ist. Könnte man alle Liberalen aus diesen Körperschaften fortdenken, so würde auch der Rest noch nicht imstande sein, zur Frage sachverständig Stellung zu nehmen. Die Frage, um die es sich hier handelt, nämlich Abwägung zwischen den Interessen des einzelnen und den Interessen der Allgemeinheit zum Zweck der Erhaltung der Art, können weder ein herkömmlich ausgebildeter Jurist noch ein herkömmlich ausgebildeter Arzt sachverständig beurteilen. Zu beiden muß vielmehr ein Weiteres hinzutreten, nämlich exakte Kenntnis der Erblichkeitslehre, der Erbgesundheitslehre und Bevölkerungspolitik. Aus diesem Grunde ist das ErbgesGer. nicht nur mit Juristen, wie andere Gerichte, auch nicht nur mit Ärzten, wie gewisse entsprechende Kommissionen in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, besetzt, sondern setzt sich aus Juristen und Ärzten zusammen, die zu ihrer allgemeinen Vorbildung noch über besondere Kenntnisse der Erbgesundheitslehre verfügen. Nur derartig zusammengesetzte Körperschaften sind in der Lage, die Frage nach der Notwendigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung mit eugenischer Indikation überhaupt sachverständig zu beantworten. Hätte man von den Mitgliedern der Ärztekammern und der Deputation, welche die Leitsätze aufgestellt haben, nur die Ärzte herausgewählt, die rassenhygienisch geschult waren, so hätte man ganz andere Leitsätze erhalten, als sie damals aufgestellt wurden.

Damit soll nichts gegen die Tüchtigkeit eines nach den bisherigen Grundsätzen ausgebildeten Arztes gesagt sein. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß der Arzt, dem die Pflege des Individuums vor allem anvertraut ist, diese Pflege ganz besonders hoch wertet. Es bedarf einer weiteren Vorbildung, um ihm auch die nötige Sachkenntnis auf dem Gebiet der Pflege des generativen Volkslebens zu verschaffen.

Die Ablehnung der eugenischen Indikation in der erwähnten RGEntsch., die in die führenden Kommentare übernommen wurde, ist deshalb nicht nur auf einen unrichtigen Wertmaßstab, sondern außerdem auf eine unrichtige Unterrichtung zurückzuführen. Hätten dem RG. bei seiner Entsch. ebensoviel maßgebliche Urt. von Bevölkerungspolitikern vorgelegen, wie es maßgebliche Auffassungen von Ärzten über die Gefährdung des Einzelnen erhielt, so hätte es sich, wie man annehmen darf, vielleicht weniger ablehnend geäußert.

Aber selbst wenn das RG. in voller Kenntnis der Gefahr für das Volk sich auf den ablehnenden Standpunkt gestellt hätte, so ist zu beachten, daß die Entsch. des RG. für andere Gerichte nicht bindend sind. Schließlich ist hervorzuheben, daß zur Zeit dieser RGEntsch. die Erbgesundheit und auch der generative Bestand des Volkes nach dem gesetzten Recht nicht zu den geschützten Rechtsgütern gehörten. Der Rechtsschutz bezog sich damals vielmehr nur auf den Bestand des Staates. Erst durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses ist auch das lebensgesetzlich vorhandene Volk ein anerkanntes Rechtsgut geworden. Es ist deshalb zu erwarten, daß das RG., Lehrbücher und Kommentare, dieser Änderung folgend, die Schwangerschaftsunterbrechung mit eugenischer Indikation jetzt als zulässig erachten werden.

Die Ansicht des ErbgesGer. ist also folgendermaßen zusammenzufassen: RG. und Wissenschaft sind schon nach der jetzt herrschenden Meinung darüber einig, daß die einfache Erfüllung eines Tatbestandes des StGB. nicht genügt, um die Strafbarkeit festzustellen, vielmehr muß darüber hinaus geprüft werden, ob die Handlung rechtswidrig ist oder nicht. Wird die Rechtswidrigkeit verneint, so ist die Handlung nicht strafbar. Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn ein anderes wichtigeres Rechtsgut nur dadurch erhalten werden kann, daß ein minderwertiges Rechtsgut verletzt wird, dessen Verletzung an sich mit Strafe bedroht ist. *Das ErbgesGer. hat festgestellt, daß Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes ein geschütztes Rechtsgut sind und durch die Geburt erbkranker Kinder gefährdet werden. Es hat weiter festgestellt, daß diese Gefahr nicht abgewendet werden kann, wenn eugenische Schwangerschaftsunterbrechungen unterbleiben, und daß das Leben eines erbkranken Kindes ein geringeres Rechtsgut ist als der Bestand und die Gesundheit des ganzen Volkes.*

Schließlich ist das ErbgesGer. zu der Überzeugung gelangt, daß nur ein unrichtiger Maßstab in der Wertung der Rechtsgüter, eine falsche Unterrichtung und schließlich eine andere Rechtslage zur Ablehnung der eugenischen Indikation für die Schwangerschaftsunterbrechung geführt haben. Das ErbgesGer. kommt deshalb zu dem Schluß:

Es entspricht nicht dem in Deutschland geltenden Recht, daß die Erbkranke selbst und der sie behandelnde Arzt gegen § 218 StGB. verstoßen und sich strafbar machen, wenn die Schwangerschaft der Erbkranken hier unterbrochen wird, mit anderen Worten: Das deutsche Recht ist nicht so unsinnig, zu verlangen, daß die Schwangere gegen ihren Willen ein erbtaubes (taubstummes) und vielleicht auch erbblindes Kind zur Welt bringt. Die Schwangerschaft kann daher ohne Bedenken unterbrochen werden. Der unterbrechende Arzt macht sich nicht strafbar. Das ErbgesGer. braucht deshalb die Anordnung der Unfruchtbarmachung nicht gem. § 12 Abs. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses auszusetzen, sondern kann die Ausführung der

Unfruchtbarmachung schon jetzt während des Bestehens der Schwangerschaft anordnen.

Die Unfruchtbarmachung der Erbkranken ist daher nach § 1 Abs. 2 Ziff. 7 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses erforderlich. Die Erbkranke hat mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten, daß auch ihre weiteren Nachkommen an schwersten körperlichen oder geistigen Erbschäden, nämlich erblicher Taubheit, vielleicht außerdem noch erblicher Blindheit leiden werden.

(ErbgesGer. Hamburg, Beschl. v. 16. März 1934, Erb 199/34.)

Eingef. von Richter Meinhof, Hamburg.

*

5. § 12 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses: § 218 StGB. Ist die Mutter eines zu erwartenden Kindes oder ist dessen amtlich festgestellter Vater durch einen endgültigen Beschluß des Erbgesundheitsgerichts für erbkrank erklärt worden, so darf die Schwangerschaft mit dem Einverständnis der Schwangeren von jedem Arzt ohne gerichtliche Anweisung unterbrochen werden.

Das ErbgesGer. hat endgültig die Unfruchtbarmachung der Erbkranken angeordnet. Nachträglich ist bekannt geworden, daß die Erbkranke schwanger ist. Eine Unterbrechung der Schwangerschaft ist zulässig, wenn die Schwangere einverstanden und der Erbminderwert des Kindes festgestellt ist. Der Erbminderwert des Kindes steht fest, wenn die Mutter des zu erwartenden Kindes durch einen endgültigen Beschl. des ErbgesGer. für erbkrank erklärt worden ist oder wenn der Vater durch einen Beschl. des ErbgesGer. für erbkrank erklärt worden ist und die Vaterschaft von zuständiger Seite einwandfrei festgestellt ist. In beiden Fällen ist jeder Arzt zur Unterbrechung der Schwangerschaft ohne nähere gerichtliche Anweisung befugt.

Es bedürfte hier also keiner weiteren Entsch. des ErbgesGer., da der Arzt das Einverständnis der Erbkranken selbst feststellen kann und ihm außerdem der Beschl. über die Unfruchtbarmachung der Mutter vorliegt.

Obwohl eine weitere Stellungnahme des ErbgesGer. also an sich überflüssig ist, scheint es doch mit Rücksicht darauf, daß diese Rechtslage noch nicht allgemein unter den Ärzten bekannt ist, notwendig, daß das ErbgesGer. hier nochmals Stellung nimmt. Nach § 12 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses müßte das Gericht nämlich die Vornahme des Eingriffs zur Zeit untersagen, wenn die Schwangerschaftsunterbrechung unzulässig und strafbar wäre. Das Gericht bestätigt deshalb ausdrücklich nochmals, daß die Schwangerschaftsunterbrechung mit dem Willen der Schwangeren zulässig ist. Die Unfruchtbarmachung braucht deshalb nicht aufgeschoben zu werden; sie ist vielmehr sofort auszuführen.

(ErbgesGer. Hamburg, Beschl. v. 17. Okt. 1934, Erb 1777/34.)

Eingef. v. Richter Meinhof, Hamburg.

*

6. § 12 Abs. 2 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Für die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 12 Abs. 2 a. a. O. ist, auch wenn die voraufgegangene rechtskräftige Entsch. in der BeschwInst. erlassen ist, das ErbGesGer. erster Instanz zuständig.

Das Gesetz enthält ebensowenig wie die zu ihm erlassenen AusfVO. eine ausdrückliche Best. darüber, welches Gericht zuständig ist, wenn die voraufgegangene rechtskräftige Entsch. in der Beschwerdeinstanz erlassen war.

Das Gesetz deutet aber an, daß die Entsch. nach § 12 Abs. 2 durch das ErbgesGer. erster Instanz erfolgen soll.

§ 12 Abs. 1 des Gesetzes bestimmt, daß die Unfruchtbarmachung auch gegen den Willen des Erbkranken durchzuführen ist, wenn „das Gericht" sie endgültig angeordnet hat und der Antrag nicht allein von dem Unfruchtbarzumachenden gestellt worden war.

Demgegenüber ordnet Abs. 2 an, daß „das ErbGesGer." das Verfahren wieder aufzunehmen hat, wenn sich Umstände ergeben, die eine nochmalige Prüfung des Sachverhalts erfordern.

Es kann nun nicht wohl angenommen werden, daß bei der Fassung des Gesetzes in dem gleichen Paragraphen die Worte „Gericht" in Abs. 1 und „ErbgesGer." in Abs. 2 ohne Vorbedacht gewählt worden sind. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß, wenn in Abs. 1 der allgemeine Ausdruck „Gericht" gewählt ist, weil es sich um eine Entsch. sowohl des ErbgesGer. wie des ErbGesObGer. handeln kann, mit der Wahl des spezielleren Wortes „ErbgesGer." zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß das ErbGesGer., also das Gericht erster Instanz, in jedem Falle zur Entsch. berufen sein sollte.

Gewiß kann auf diese lediglich auf den Wortlaut des Gesetzes gestützte Auslegung kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Dem Wortlaut kommt gegenüber dem inneren Sinne des Gesetzes nur eine untergeordnetere Bedeutung zu.

Die Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichtes kann aber auch aus allgemeinen Erwägungen abgeleitet werden.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß jedes Verfahren, sofern keine besondere gegenteilige Vorschr. erlassen ist, bei dem für die erste Instanz zuständigen Gericht zu beginnen hat. Nur das entspricht dem logischen Aufbau der Gerichtsbehörden, nur das sichert den Beteiligten die Anrufung sämtlicher Instanzen und gewährleistet ihnen damit am besten die Wahrung ihrer Rechte.

Das Bedenken, daß die Entsch. der Gerichte nur durch das gleiche oder das übergeordnete Gericht aufgehoben werden sollten, daß aber im allgemeinen den untergeordneten Instanzen die Befugnis, die Entsch. der übergeordneten Instanzen abzuändern, entzogen ist, vermag nicht den Ausschlag zu geben. Denn einmal besteht diese Befugnis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mindestens bei veränderter Sachlage allgemein. Vor allem aber wäre das eine Überlegung, die wohl den Gesetzgeber hätte veranlassen können, eine besondere Regelung zu treffen, die aber bei Auslegung der bestehenden Gesetze nicht herangezogen werden darf.

Es kann auch nicht eingewendet werden, daß bei Wiedereröffnung des vollen Instanzenzuges die Durchführung der Unfruchtbarmachung verzögert wird. Gewiß verlangt der Zweck des Gesetzes, die Fortpflanzung erblich schwerbelasteter Personen im Interesse einer gesunden Bevölkerungspolitik zu verhindern, eine beschleunigte Durchführung des Verfahrens — schon mit Rücksicht auf die Gefahr, daß inzwischen weiteres lebensunwertes Leben erzeugt wird. Die außerordentliche Bedeutung des Eingriffes für den Betroffenen, vor allem aber der Schaden, der der Allgemeinheit erwachsen würde, wenn etwa zu Unrecht ein Erbgesunder unfruchtbar gemacht würde, verbietet aber eine Gestaltung des Verfahrens, bei der die Gründlichkeit zugunsten der Schnelligkeit leidet. Diesen Grundsatz hat ja auch das Gesetz durch Zulassung der Beschw. und des Wiederaufnahmeverfahrens nach § 12 Abs. 2 anerkannt.

Lautete die rechtskräftige Entsch. des ErbgesObGer. auf Ablehnung des Sterilisierungsantrages, so ist nach Satz 2 der angezogenen Best. die Wiederaufnahme nur zulässig, wenn neue Tatsachen eingetreten sind. Haben aber die früher vorgebrachten Umstände nicht ausgereicht, um die Zulässigkeit der Unfruchtbarmachung darzutun, so ist die Gefährdung der Allgemeinheit bei der Wiederaufnahme nicht größer als bei einem erstmalig durchgeführten Verfahren. Das Wiederaufnahmeverfahren wird in diesem Falle sich zwar auch mit dem im Vorverfahren behandelten Krankheitsbilde, in erster Linie aber mit den neuen Krankheitsschüben oder Anfällen, die nunmehr erst die Krankheit als Erbkrankheit erkennen lassen, zu befassen haben. Dieses Verfahren anders zu gestalten, als ein solches, das auf einen erstmalig gestellten Antrag in Gang gebracht wird, fehlt jeder innere Grund. Es muß deshalb vor dem Gericht erster Instanz unter Wahrung des vollen Instanzenzuges geführt werden.

Ist dem aber so, dann bedingt die gleiche Lagerung der Fälle auch die Anwendung des gleichen Verfahrens, wenn zuvor auf Unfruchtbarmachung erkannt war. Es muß also auch dann in erster Instanz neu verhandelt werden, welche Instanz auch die rechtskräftige Entsch. erlassen haben mag.

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das nach Art. 4 Abs. 2 AusfVO. v. 5. Dez. 1933 insoweit auf das Verfahren vor den ErbgesGer. entsprechende Anwendung findet, als das Gesetz oder die VO. nicht etwas anderes bestimmen, entscheidet die Frage nicht, da das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine förmliche Wiederaufnahme des Verfahrens nicht kennt, vielmehr bei veränderter Sachlage jederzeit eine neue Nachprüfung und Entsch. zuläßt, ja selbst bei unveränderter Sachlage eine nachträgliche Änderung der Entsch. — von Ausnahmen abgesehen — gestattet.

Dagegen enthalten sowohl die ZPO. in § 584 wie die StPO. in § 367 Vorschr. dahin, daß für das Wiederaufnahmeverfahren die BerInst. dann zuständig ist, wenn das angefochtene Urteil von dem BG. erlassen wurde. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschr. kommt mangels einer dahingehenden gesetzlichen Best. und vor allem deshalb nicht in Frage, weil das Wesen des Zivilprozeß- wie des Strafverfahrens dem Geiste des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses nicht entspricht. Da-

gegen muß aus dem Umstande, daß in § 12 Abs. 2 keine Vorschr. enthalten ist, die jenen Best. nachgebildet ist, gefolgert werden, daß auch keine entsprechende Regelung gewollt war.

(ErbgesObGer. Kassel, Beschl. v. 8. Dez. 1934, EG 106/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Faber, Kassel.

*

7. § 1 Abs. 2 Ziff. 1 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Ergibt die Intelligenzprüfung, daß der Unfruchtbarzumachende auf der Grenze zwischen Schwachsinn und Dummheit steht, so wurde Schwachsinn angenommen, weil bei dem Unfruchtbarzumachenden noch weitere Konstitutionsfehler festgestellt wurden, namentlich solche hinsichtlich der sozialen und moralischen Einstellung.

Das ErbgesGer. in A. hat angeordnet, daß Willy K. wegen angeborenen Schwachsinns unfruchtbar zu machen ist. Gegen diesen Beschl. hat der Stiefvater und Vormund K.s Beschw. eingelegt und bestritten, daß sein Stiefsohn an angeborenem Schwachsinn leide, es handle sich lediglich um Dummejungenstreiche in den Flegeljahren. Die Beschw. konnte keinen Erfolg haben. Schon die Intelligenzprüfung ergibt ganz erhebliche Ausfälle an Kenntnissen und Denkvermögen. Immerhin liegt sicherlich ein Grenzfall zwischen Schwachsinn und mangelnder Intelligenz vor. In solchem Falle ist es wesentlich, festzustellen, ob bei dem Unfruchtbarzumachenden sich noch weitere Konstitutionsfehler, namentlich solche hinsichtlich der sozialen und moralischen Einstellung, ergeben haben. Hier ist festgestellt, daß K. mehrfach gestohlen hat. Wegen des Diebstahls eines Anzugs hat er Bewährungsfrist bekommen. 2 *RM* hat er, als er als Schiffsjunge auf einem Schiff war, dem Koch fortgenommen. Er ist seit einigen Monaten in vorläufiger Fürsorgeerziehung untergebracht. Der leitende Arzt des Fürsorgeerziehungsheims bekundet, daß er nicht nur intellektuell, sondern auch seiner ganzen Lebensauffassung nach weniger den Fürsorgezöglingen als den Pfleglingen gleichstehe, d. h. weniger denjenigen, die lediglich wegen schlechten Verhaltens, als denen, die wegen mangelnden Verstandes in die Anstalt aufgenommen seien. Er hat weiter bekundet, daß K. für selbständige Arbeiten gar nicht in Frage komme und daß seine geistige Schwäche schon allein derart sei, daß er sie als Schwachsinn ansehen möchte. Danach kann nicht davon die Rede sein, daß K. nur einige Dummejungenstreiche begangen hat; es muß vielmehr festgestellt werden, daß er an einer krankhaften Erbanlage, nämlich dem angeborenen Schwachsinn, leidet.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 16. Nov. 1934, WErb 64/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Grunau, Kiel.

*

8. § 1 Abs. 2 Ziff. 8 Ges. zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Zwergwuchs ist als schwere erbliche körperliche Mißbildung jedenfalls dann anzusehen, wenn die Geburtsorgane verkümmert sind und bei den Verwandten außer dem Zwergwuchs noch weitere Erbschäden nachweisbar sind.

Frau G. ist nur 140 cm groß; das Gutachten des leitenden Oberarztes der A.er Anstalten bezeichnet diesen Wuchs als Zwergwuchs. Das ErbgesObGer. hat diesen Kleinheitswuchs als eine schwere erbliche körperliche Mißbildung angesehen. Für sich allein zwar kann Zwergwuchs nicht als schwere körperliche Mißbildung angesehen werden (vgl. Gütt-Rüdin-Ruttke, Zur Verhütung erbkr. Nachw. S. 124). Hier kommt jedoch hinzu, daß nach dem Gutachten des Oberarztes die Unfruchtbarzumachende an Pupillenstarre leidet und ihr sämtliche Reflexe fehlen, vor allem aber, daß sie nicht imstande ist, ein Kind ordnungsmäßig zu gebären. Sie hat zwei Kinder zur Welt gebracht, beide mußten mit der Zange gehoben werden, und in beiden Fällen, wie auch bei einer Fehlgeburt, bestand erhebliche Lebensgefahr für die Patientin. Die gerade für eine Frau wichtigen Organe sind als verkümmert anzusehen, und es ist auch anzunehmen, daß dieser Fehler nicht nur bei der Unfruchtbarzumachenden, sondern auch bei ihren Eltern und Großeltern vorhanden gewesen ist. Auch ihre Eltern und Großeltern haben etwa denselben Zwergwuchs wie sie selbst aufgewiesen; und es spricht dafür, daß die körperliche Mißbildung zugleich mit weiteren Erbschäden verbunden ist, auch der Umstand, daß ihr Stiefbruder an Imbezillität und Poriomanie leidet. Unter diesen Umständen erschien die körperliche Mißbildung der Unfruchtbarzumachenden nicht nur als schwer im Sinne des Gesetzes, sondern auch als erblich. Die Voraussetzung des § 1 Abs. 2 Ziff. 8 UnfrG. liegt daher vor.

(ErbgesObGer. Kiel, Beschl. v. 16. Nov. 1934, WEib 66/34.)

Ber. von OLGR. Dr. Grunau, Kiel.

Freiwillige Gerichtsbarkeit

1. NotVO. v. 6. Okt. 1931, Teil 5 Kap. II (Kapitalherabsetzung in erleichterter Form) § 12 (RGBl. I, 556) nebst Art. II § 9 der DurchfVO. v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75). Das Stammkapital einer GmbH. kann auch in unmittelbarem Anschluß an eine Erhöhung (von 20000 auf 200000 *RM*) in der erleichterten Form der VO. v. 6. Okt. 1931 und der DurchfVO. v. 18. Febr. 1932 wieder herabgesetzt werden (von 200000 auf 20000 *RM*).

Nach Art. II § 9 VO. zur Durchführung der Vorschr. über die Kapitalherabsetzung in erleichterter Form v. 18. Febr. 1932 (RGBl. I, 75) kann eine Kapitalherabsetzung in erleichterter Form stattfinden, um das Stammkapital einer GmbH. an den — insbes. aus Anlaß der Wirtschaftsentwicklung — veränderten Vermögensstand anzupassen. Das LG. meint nun, daß die Veränderung des Vermögensstandes zwischen dem Zeitpunkt der Entstehung des herabzusetzenden Stammkapitals und dem Zeitpunkt der Herabsetzung eingetreten sein müsse; davon könne aber hier keine Rede sein, weil die Erhöhung des Stammkapitals und seine Herabsetzung zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgten. Diese Beurteilung wird der Besonderheit der Sach- und Rechtslage nicht gerecht. Es werden dabei ausschließlich zwei Stammkapitalbeträge miteinander verglichen: Der durch die Kapitalerhöhung erzielte Betrag von 200000 *RM* und der durch die nachfolgende Kapitalherabsetzung erzielte Betrag von 20000 *RM*. Das ursprüngliche Stammkapital von gleichfalls 20000 *RM* wird unberücksichtigt gelassen. Bei einer streng formalen Betrachtungsweise mag das gerechtfertigt sein, insofern den Gegenstand der Herabsetzung unmittelbar nicht das ursprüngliche Kapital von 20000 *RM* bildet, das sogar im Ergebnis unverändert bleibt, sondern das neue Stammkapital von 200000 *RM*. Diesem Umstande darf indes keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden. Angepaßt werden soll freilich das ursprüngliche Stammkapital. Das wird es aber auch, allerdings nicht durch seine Herabsetzung, sondern durch die Herabsetzung des erhöhten Kapitals. Es muß nämlich nach Fassung und Zweck des § 9 grundsätzlich für zulässig erachtet werden, ein Stammkapital von x *RM* in der Weise an den veränderten Vermögensstand „anzupassen", daß es durch einen wirtschaftlich und rechtlich einheitlichen Akt (vgl. bes. JFG. 10, 110; Fischer: JW. 1930, 2718) zunächst auf x + y erhöht und alsdann wieder auf x *RM* herabgesetzt wird. Auch dies ist — bei einer nicht zu sehr am Wortlaut haftenden Auslegung — eine „Anpassung" des Kapitals von x *RM* an den veränderten Vermögensstand, und das Mittel dieser Anpassung ist eine — mit einer Kapitalerhöhung verbundene — Kapitalherabsetzung. Daß das anzupassende Kapital selbst herabgesetzt werden müsse, besagt auch der Wortlaut des § 9 nicht ohne weiteres, und wenn selbst rein sprachlich eine Auslegung am nächsten liegen mag, nach der sich § 9 nur auf die Herabsetzung des anzupassenden Stammkapitals bezieht, kann eine solche Auslegung nicht maßgebend sein, denn die Fälle, in denen eine Herabsetzung des vorhandenen Stammkapitals zur Beseitigung einer Unterbilanz nicht ausreicht, sind vom Standpunkt des Gesetzeszweckes aus den Fällen gleichwertig, in denen es zur Beseitigung der Unterbilanz genügt, das Stammkapital herabzusetzen. Es ist daher nicht einzusehen, warum in jenen Fällen die erleichterte Form der Kapitalherabsetzung nach dem Sinn des Gesetzes nicht in Frage kommen soll. Dann ist aber das Bedenken des LG. ausgeräumt, daß ein veränderter Vermögensstand gar nicht vorliegen könne. Der Umstand, daß in einer den gesetzlichen Best. entsprechenden Weise mit der Kapitalherabsetzung eine Kapitalerhöhung verbunden werden muß, um die „Anpassung" zu erreichen, kann nicht gegen die Anwendbarkeit der erleichterten Form ins Feld geführt werden. Irgendwelche schutzwürdigen Interessen, insbes. Gläubigerinteressen, stehen der Anwendung der §§ 9 ff. dabei nicht entgegen. Durch die beschlossenen Maßnahmen werden der Gesellschaft erhebliche neue Mittel zugeführt. Eine Irreführung durch die Eintragung eines Stammkapitals von 200000 *RM* kommt nicht in Frage, da gleichzeitig mit der Erhöhung des Stammkapitals dessen Herabsetzung eingetragen wird.

Daß eine Erhöhung des Stammkapitals und die Kapitalherabsetzung miteinander verbunden und daß sie gleichzeitig eingetragen werden können, ist hiernach unbedenklich zu bejahen. Besondere Schwierigkeiten, wie sie sich bei AktG. ergeben mögen (JW. 1932, 1018 ff.) und wie sie im Anwendungsbereiche des § 58 Abs. 1 Ziff. 3 GmbHG. bestehen (vgl. JFG. 7, 206 = JW. 1930, 2718), sind hier nicht vorhanden.

(KG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 11. Okt. 1934, 1b X 416/34.) [Sch.]

*

2. § 22 GBBereinG.; §§ 2, 6 PrAusfG. v. 16. März 1931. Wenn der Feststellungsbeschluß des GBA. durch das Beschwerdegericht aufgehoben wird, findet gegen dessen Entsch. keine weitere Beschwerde statt.

Eine weitere Beschw. ist nicht zulässig. § 6 PrAusfG. vom 16. März 1931 sieht nur die Beschw. und die weitere Beschw. gegen den Feststellungsbeschl. vor, d. h. gegen den die Gegenstandslosigkeit der Eintragung feststellenden Beschl. Wird jedoch die Einleitung des Löschungsverfahrens vom GBA. abgelehnt oder das eingeleitete Verfahren eingestellt, dann ist diese Entsch. gem. § 2 unanfechtbar. Ist aber gegen eine derartige Entsch. des GBA. ein Rechtsmittel nicht gegeben, dann muß dasselbe bezüglich der Entsch. des LG. gelten, durch welche dieses den Feststellungsbeschluß mangels Vorliegens der Voraussetzungen aufgehoben und damit zugleich auch das Löschungsverfahren zum Abschluß gebracht hat. Denn das BeschwG., dem auch neue Tatsachen und Beweise unterbreitet werden können (§ 74 GBO.), tritt hinsichtlich der Prüfung des Sachverhalts völlig an die Stelle des GBA. Die Unanfechtbarkeit der ablehnenden Entsch. des GBA. beruht auf der Erwägung, daß es vermieden werden sollte, in solchen Fällen „rechtlichen Erwägungen den Vorzug vor Zweckmäßigkeitserwägungen" zu geben (vgl. amtl. Begr., abgedr. bei Schlegelberger-Harmening, Aufwertungsschlußgesetze, 3. Aufl., 1931, 425). Die Bereinigung des Grundbuchs von gegenstandslos gewordenen Eintragungen soll nach diesem Gesetz mindestens überwiegend im öffentlichen Interesse erfolgen, soweit sie tunlich erscheint; dadurch sollte aber, wie die Unanfechtbarkeit der ablehnenden Entsch. ergibt, dem von der Eintragung Betroffenen kein Anspruch auf die Durchführung dieses besonderen Löschungsverfahrens eingeräumt werden. Ihm verbleibt vielmehr der gewöhnliche Weg des § 22 GBO. Auf dergleichen ist jedoch die weitere Beschw. nicht gerichtet.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 15. Nov. 1934, 1 X 465/34.)

Ber. v. LGR. Dr. Seibert, Berlin.

Bayerisches Oberstes Landesgericht

Berichtet von Oberstlandesgerichtsrat Dr. Höllbörfer und Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Dieß, München

Strafsachen

1. Das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 findet keine Anwendung auf Ordnungsstrafen.

Die StrK. des LG. N. hat am 15. Juni 1934 gegen Marie S. eine Ordnungsstrafe von 10 *RM*, ersatzweise 2 Tage Haft, ausgesprochen, weil sie als Zeugin in der Verhandlung v. 26. April 1934 unentschuldigt ausgeblieben ist. S. hat hiervon 5 *RM* bezahlt. Hinsichtlich des Restes hat die StrK. mit Beschl. v. 15. Okt. 1934 festgestellt, daß er durch das StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 erlassen sei.

Diesen Beschl. hat das BayObLG. auf Beschw. des StA. aufgehoben, da das StraffreihG. sich nur auf kriminelle Strafen beziehen soll (Schäfer: JW. 1934, 2298; Krug: DJZ. 1934, 1011 ff.; Einführung zu dem Gesetz bei Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht), welche Absicht des Gesetzgebers in dem Gesetz selbst deutlichen Ausdruck gefunden hat. Wenn in §§ 1 und 2 von Täter, Tat, anhängigen Verfahren und Zuwiderhandlungen gesprochen wird, so können nach dem Sprachgebrauch diese Bezeichnungen nur kriminell strafbare Handlungen betreffen. Es ist demnach nicht angängig, das Gesetz auch auf Zeugenungehorsamsstrafen anzuwenden.

(BayObLG., Beschl. v. 8. Nov. 1934, BeschwReg. I Nr. 823/34.) [D.]

*

2. Rechtliche Natur der Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung nach § 22 MaßO. Zulässigkeit des Übergangs vom subjektiven zum objektiven Verfahren.

Die Angekl. sind durch Urt. des AG. je von der Anklage wegen einer Übertretung der §§ 6, 11, 22 MaßO. v. 30. Mai 1908 freigesprochen worden. Zufolge der vom Amtsanwalt hiergegen rechtswirksam eingelegten Rev. ist das Strafverfahren noch anhängig. Da eine höhere Strafe als Geldstrafe bis zu 150 *RM* oder Haftstrafe bis zu sechs Wochen nicht in Frage kommen kann, liegen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 StraffreihG. v. 7. Aug. 1934 (RGBl. I, 769) vor; die Straftat fällt in die Zeit vor dem 2. Aug. 1934. Das Verfahren war demnach einzustellen mit der Folge der Überbürdung der Kosten des Verfahrens auf die Staatskasse.

Von der Einstellung des Verfahrens wird jedoch die Entsch. der Frage, ob auf Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung der nicht vorschriftsmäßig geeichten Meßgeräte zu erkennen ist, gemäß § 7 Abs. 2 StraffreihG. nicht betroffen, weil der Einziehung usw., auf die nach § 22 Abs. 2 MaßO. auch selbständig erkannt werden kann, nicht die Natur einer Nebenstrafe, sondern einer öffentlich-rechtlichen, polizeilichen Sicherungsmaßregel zukommt (vgl. Stenglein, Strafrechtl. Nebengesetze, 5. Aufl., Bem. 9 zu § 22 MaßO.).

Der Senat hält — allerdings im Gegensatz zu RGSt. 52, 283; 53, 79, 117; 54, 10; 66, 419 — daran fest, daß die Weiterführung eines einmal anhängigen Verfahrens zum Zwecke der Durchführung des staatlichen Einziehungsanspruchs ungeachtet seiner sonstigen Erledigung durch Niederschlagung zulässig, daß also der unmittelbare Übergang vom subjektiven Verfahren zum objektiven Verfahren statthaft ist (vgl. ObLGSt. 21, 106 und Urt. des erk. Sen. v. 14. Jan. 1926, RevReg. II 424/25). Die Weiterverfolgung des Einziehungsanspruchs im objektiven Verfahren setzt jedoch einen darauf gerichteten Antrag des StA. voraus (§ 430 StPO.), der im Revisionsrechtszug nicht nachgeholt werden kann (vgl. LpzKomm., 5. Aufl., Bem. 7 zu § 42 StGB.; ObLGSt. 31, 36, 38; 32, 28, 31). Ein solcher Antrag fehlt. Ausweislich der nach § 274 StPO. maßgebenden Sitzungsniederschrift zur Hauptverhandlung vor dem AG. hat der Amtsanwalt zur Frage der Einziehung, Unbrauchbarmachung oder Einziehung der fraglichen Meßgeräte überhaupt keinen Antrag gestellt. Das AG. hat auch über die Einziehung nicht entschieden. Es kann somit ein unmittelbarer Übergang zum objektiven Verfahren jetzt nicht stattfinden; es muß vielmehr dem Amtsanwalt überlassen bleiben, durch Antragstellung gem. § 430 StPO. das objektive Verfahren über die Einziehung in Gang zu bringen.

(BayObLG., 2. StrSen., Beschl. v. 1. Okt. 1934, RevReg. II Nr. 111/34.) [S.]

Rechtsentscheide in Miet- und Pachtschutzsachen

Berichtet von KGR. Dahmann, Berlin

1. §§ 1 u. 2 RPächterSchG.

1. Pachtzinsrückstände, die sich auf einen weniger als zwei Jahre vor der Stellung des Antrags liegenden Zeitraum beziehen, können unter besonderen Umständen die Ablehnung des Antrags auf Gewährung von Pächterschutz rechtfertigen.

2. Bei Streit über das Bestehen oder die Höhe der Pachtzinsrückstände ist nicht nach § 25 PrPachtschO. zu verfahren. Ist hierüber bereits ein Rechtsstreit bei dem ordentlichen Gericht anhängig, so kann in Ausnahmefällen das Pächterschutzverfahren bis zur Erledigung dieses Rechtsstreits ausgesetzt werden.

1 a. Nach § 5 RGes. über Pächterschutz sind bei den nach §§ 1 bis 4 zu treffenden Entsch. die §§ 7 und 8 DurchfVO. v. 17. Nov. 1932 entsprechend anzuwenden. § 7 der VO. hat durch die VO. zur Durchführung des Ges. über Pächterschutz v. 26. Jan. 1934 die Fassung erhalten: „Ein Antrag auf Pächterschutz ist abzulehnen, wenn ... 4. der Pächter bei Stellung des Antrags mit einem Betrage im Rückstande ist, der sich ganz oder zum Teil auf einen länger als zwei Jahre zurückliegenden Zeitraum bezieht, es sei denn, daß der Pächter inzwischen mindestens soviel an Pachtzins gezahlt hat, wie der bis dahin geschuldete Rückstand beträgt ..." Demnach muß unter den angeführten Umständen der Pächterschutz versagt werden. Das läßt aber nicht den Schluß zu, daß, wenn diese Umstände nicht vorliegen, der Pächterschutz unbedingt gewährt werden muß. Ist ein solcher Umkehrschluß schon an und für sich bedenklich, so steht ihm vor allem Zweck und Ziel des RGes. über Pächterschutz entgegen. Denn vor allem will das Gesetz zum Gedeihen der Landwirtschaft als eines der wichtigsten Teile der deutschen Volkswirtschaft beitragen und deshalb nur solche Pachtbetriebe schützen, die ordnungsmäßig geführt sind, deren Erhaltung also das Gemeinwohl fördert. Weiter hat die Entsch. des PEA. auch nach billigem Ermessen zu erfolgen. Das PEA. muß also die Belange des Verpächters gegenüber den Belangen nicht nur der Allgemeinheit, sondern auch des Pächters abwägen. Die Rücksichtnahme auf die Allgemeinheit und auf den Verpächter wäre aber ausgeschlossen, wenn Ziff. 4 VO. v. 26. Jan. 1934 dahin ausgelegt würde, daß der Pächterschutz jedesmal dann gewährt werden müßte, wenn der in ihr festgelegte Tatbestand nicht gegeben ist. Diese Auslegung ist daher abzulehnen. Das PEA. kann also, wenn ein Rückstand an Pachtzins vorliegt, der nicht schon über zwei Jahre vor Stellung des Antrags des Pächters entstanden ist, den Pächterschutz zwar nicht ohne weiteres allein wegen des Rückstandes versagen, wohl aber aus besonderen Gründen, nämlich wegen des Hinzutritts anderer Umstände (ebenso Hillebrandt in Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, Abt. III b 4, S. 2, Anm. 4 Abs. 2, 3 zu § 1).

b) Welcher Art die Umstände sein müssen, durch deren Hinzutreten beim Vorliegen eines nicht über zwei Jahre alten Pachtzinsrückstandes der Antrag des Pächters auf Verlängerung des Pachtverhältnisses abzulehnen ist, kann durch RE. nicht erschöpfend beantwortet werden. Denn das ist im wesentlichen keine Rechtsfrage, sondern eine tatsächliche Frage des Einzelfalles.

Die Gründe können mannigfacher Art sein. Sie können sich aus der Berücksichtigung der Belange des Gemeinwohls ergeben. Dazu zu rechnen ist z. B. Höhe des Rückstandes und Aussichtslosigkeit seiner Tilgung, sowie Nachlässigkeit und unsachgemäße Wirtschaft des Pächters. Die Gründe können sich auch aus der Berücksichtigung der Belange des Verpächters ergeben. Hierzu gehören z. B. Böswilligkeit des Pächters und eigener Bedarf des Verpächters für seine Zahlungsverpflichtungen oder für seinen und seiner Familie Lebensunterhalt (ebenso Hillebrandt a. a. O.).

2. Die zweite Rechtsfrage will das LG. dahin beantworten, daß zur Feststellung der Höhe des Rückstandes an Pachtzins nicht nach § 25 PrPachtschO. zu verfahren, sondern die Entsch. nach § 28 PrPachtschO. i. Verb. m. § 148 ZPO. bis zur Entsch. des ordentlichen Gerichts über die Höhe des Rückstandes auszusetzen ist. Dem ist im wesentlichen beizutreten.

Nach § 7 RGes. über Pächterschutz bestimmt sich das Verfahren vor den Pächterschutzstellen nach den Vorschr. der PachtschO. § 25 PrPachtschO. ist eine Verfahrensvorschr. und demgemäß entsprechend anzuwenden. § 25 bestimmt in Abs. 1: „Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so hat das PEA. den Beteiligten eine Frist zu setzen, innerhalb welcher wegen des Bestehens des Anspruchs das ordentliche Gericht anzurufen ist, und bei fruchtlosem Ablauf der Frist rücksichtlich des Bestehens des Anspruchs die Anführungen des Antragstellers als richtig zu unterstellen." Dies gilt für Anträge auf Leistungsänderung. Es gilt nach Abs. 2 entsprechend für Anträge auf Verlängerung des Vertrages. Grund des Anspruchs ist, wie das KG. in ständiger Rspr. angenommen hat und im Schrifttum nicht streitig ist, nicht im Sinne des bürgerlichen Streitverfahrens zu verstehen. Den Grund des Anspruchs i. S. des § 25 betreffen vielmehr, wie schon im RE. v. 5. Juli 1933, 17 Y 25/33: JFG. Ergbd. 12, 119; HöchstRRspr. 1934 Nr. 23; JW. 1933, 2013; KGBl. 1934, 10; Landwirtschaftl. Pachtbetrieb 1933, 135; RVerwBl. 1933, 1058; Verpächter 1933, 101, ausgeführt ist, alle diejenigen Streitigkeiten, die nicht zum eigentlichen Aufgabengebiet des PEA. gehören.

Daraus, daß die Anwendung des § 25 Abs. 1 PrPachtschO. auf Verlängerungsanträge des Pächters nicht unbedingt, sondern nur entsprechend zu erfolgen hat, ergeben sich schon Bedenken, den Streit über die Höhe des Rückstandes im Pächterschutzverfahren als einen Streit über den Grund des Anspruchs i. S. des § 25 PrPachtschO. anzusehen. Hinzu kommt, daß das Bestehen des Rückstandes von Pachtzins im Falle des § 5 RGes. über Pächterschutz i. Verb. m. Ziff. 4 der VO. v. 26. Jan. 1934 nicht, wie sonst in den Fällen des § 25 PrPachtschO. eine Vorfrage, sondern die einzige Frage ist, die das PEA. zu prüfen hat. Aber auch, wenn sonst die Höhe des Pachtzinsrückstandes für die Entsch. des PEA. von Bedeutung ist, geht es nicht an, die Entsch. des PEA. in diesem Falle bedingt von der Richtigkeit des Vortrags des Antragstellers zu erlassen. Denn das Ergebnis des Rechtsstreits vor dem ordentlichen Gericht braucht nicht in einer glatten Bejahung oder Verneinung des Vortrags des Pächters zu bestehen, sondern kann diesen teilweise bejahen und teilweise verneinen. Es ist aber gerade Aufgabe des PEA., die verschiedenen Möglichkeiten der Höhe des Rückstandes selbst zu berücksichtigen und daher auch selbst zu prüfen. Auch die Fassung der Vorschr. Ziff. 4 der VO. v. 26. Jan. 1934 spricht gegen die Anwendbarkeit des § 25 PrPachtschO. bei der Ermittlung des Pachtzinsrückstandes. Vor allem sind aber Sinn und Zweck der Pächterschutzbestimmungen zu beachten. Es sollten mit Beschleunigung möglichst sichere Verhältnisse für das Pachtverhältnis geschaffen werden, um die für das Gemeinwohl unerläßliche ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Pachtlandes zu sichern. Es sind also gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Für die Beurteilung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Vertragsteile wird oft die Feststellung eines allgemeinen Bildes genügen. Wollte man aber § 25 PrPachtschO. entsprechend anwenden, so würde der erwähnte Zweck der Pächterschutzbestimmung vereitelt. Es geht daher nicht an, bei Ermittlung des Pachtzinsrückstandes nach § 25 PrPachtschO. zu verfahren.

Nach § 7 RGes. über Pächterschutz, § 28 PrPachtschO. ist § 148 ZPO. entsprechend anwendbar. Es kann, wenn die Entsch. des Pachtstreites ganz oder zum Teil vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anhängigen Rechtsstreits bildet, die Verhandlung bis zur Erledigung des Rechtsstreits ausgesetzt werden. Ist also ein Rechtsstreit über den Pachtzinsrückstand bereits anhängig, so kann das PEA. sein Verfahren bis zur Entsch. dieses Rechtsstreits aussetzen. Die Aussetzung ist demnach nicht zulässig, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, sondern erst eingeleitet werden soll. Die Aussetzung des Pächterschutzverfahrens wird auch in der Regel dem angeführten Ziele der Pächterschutzvorschr., eine möglichst schleunige Entsch. zu treffen, widersprechen. Das PEA. hat deshalb grundsätzlich über die Höhe des Pachtzinsrückstandes und seine Tilgung selbst zu entscheiden. Nur ausnahmsweise ist von der Befugnis zur Aussetzung des Verfahrens Gebrauch zu machen, nämlich dann, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß bei Aussetzung des Verfahrens auf Grund des § 148 ZPO. ebenso schnell entschieden wird, als wenn das PEA. selbst den Rückstand prüft. Sollte sich diese Annahme als irrig erweisen, so hat das PEA. nach § 28 PrPachtschO. i. Verb. m. § 150 ZPO. jederzeit die Möglichkeit, von Amts wegen oder auf Antrag eines Beteiligten die Anordnung der Aussetzung wieder aufzuheben.

Schließlich kann, wie im gegebenen Falle, der Rechtsstreit über den Pachtzinsrückstand und seine Tilgung zwar anhängig sein, aber von den Beteiligten z. B. nicht weiterbetrieben werden. Ob das PEA. unter diesen Umständen von der Befugnis zur Aussetzung des Verfahrens keinen Gebrauch macht und aus dem Verhalten im bürgerlichen Rechtsstreit gegen den einen oder den anderen Teil ungünstige Schlüsse zieht, muß sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben.

KG., 17. ZivSen., RE. v. 29. Okt. 1934, 17 Y 6/34.) [D.]

Oberlandesgerichte

Berlin

a) Zivilsachen

1. §§ 68 ff. RVersorgG. Auch bei den sogenannten „Kannbezügen" liegt ein Anspruch auf Versorgungsgebührnisse i. S. der §§ 68 ff. RVersorgG. vor. Dieser Anspruch ist grundsätzlich der Pfändung unterworfen.

Der Ansicht des LG., daß sog. Kannbezüge keine Rechtsansprüche seien und daher auch nicht gepfändet werden können, ist nicht beizutreten.

Zwar hat das VersorgA. in Frankfurt a. O. in seiner Auskunft v. 2. Aug. 1934 ausgeführt, daß der Schuldner keinen Rechtsanspruch auf Versorgung habe, und dieselbe Ansicht wird auch in den AusfBest. des RArbM. zu § 68 Nr. 2 Abs. 3 (vgl. Handbuch der Reichsversorgung S. 182) vertreten. Diese Ansicht hält aber näherer Nachprüfung nicht stand. Eine solche Nachprüfung ist nicht etwa deswegen ausgeschlossen, weil die eben bezeichnete AusfBest. auf Grund des RVersorgG. (§ 114 Satz 2 RVersorgG.) ergangen ist. Denn es ist allgemein anerkannt, daß die auf Grund der eben bezeichneten Vorschr. erlassenen AusfBest.. des RArbM. nicht die bindende Wirkung haben, wie sie etwa durch Satz 1 desselben Paragraphen den Vorschr. des Reichstagsausschusses beigelegt worden sind (vgl. Arendts, Komm. z. RVersorgG. Anm. 2 Abs. 3 zu § 114; RVersorgGKomm. Anm. 2 zu § 114).

Die Ansicht, daß sog. Kannbezüge, zu denen zweifellos der Anspruch des Schuldners auf Kriegsbeschädigtenrente gehört, keine Rechtsansprüche seien und daher der Pfändung nicht unterliegen, stützt sich darauf, daß die Kannbezüge nicht im Rechtsmittelverfahren vor den Spruchbehörden der Reichsversorgung verfolgt werden können und auch jederzeit nach freiem Verwaltungsermessen (so Arendts a. a. O.) eingestellt werden könnten. Hieran ist so viel richtig, daß nach § 91 Abs. 1 Ges. über das Verfahren in Versorgungssachen die Ber. (an das VersorgGer.) ausgeschlossen ist, soweit ein Kannbezug vorliegt. Nicht ganz zutreffend ist es aber, zu sagen, daß ein Kannbezug jederzeit nach freiem Verwaltungsermessen eingestellt werden könne. Es ist vielmehr zu betonen, daß die Verwaltungsbehörden bei Prüfung eines Antrages auf Bewilligung eines Kannbezuges und ebenso bei Prüfung der Frage, ob ein Kannbezug aufrechtzuerhalten oder einzustellen sei, selbstverständlich an die gesetzlichen Best. gebunden sind. Ein freies Ermessen liegt also nicht vor; es kann nur (wie auch im § 91 des obenbezeichneten Verfahrensgesetzes) von einem pflichtgemäßen Ermessen die Rede sein, und dies ergibt weiter, daß die prüfende Verwaltungsbehörde nach genau denselben Vorschr. und Best. zu entscheiden hat wie die Spruchbehörden. Mag nun auch die Unabhängigkeit der VersorgGer. dem Beschädigten eine größere Gewähr für seinen Anspruch geben, so darf doch nicht außer acht gelassen werden, daß in aller Regel auch die Entsch. der Verwaltungsbehörde den Ansprüchen des Beschädigten gerecht werden wird. Der hier in Betracht kommende Unterschied zwischen Kannbezügen und sonstigen Versorgungsgebührnissen liegt denn auch im wesentlichen darin, daß die Ber. gegen Entsch. über Kannbezüge nicht gegeben ist. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, daß ein Rechtsanspruch nicht gegeben sei. Gerade weil die Bindung der Verwaltungsbehörde an das Gesetz vorliegt, kann ein öffentlich-rechtlicher Anspruch angenommen werden, ohne daß für diesen Anspruch ein Rechtsweg vorgesehen ist.

Es liegt insoweit eben anders als etwa in dem Fall, daß eine an sich nicht unterhaltspflichtige Person sich einer anderen gegenüber ohne Eingehung einer Verbindlichkeit zu dauernden Unterhaltszahlungen bereit erklärt. In einem solchen Falle freilich ist ein Anspruch gegen den Unterhaltgewährenden nicht gegeben. Dieser kann vielmehr jederzeit willkürlich seine Zahlungen einstellen.

Hiernach besteht also das Bedenken, daß ein (öffentlich-rechtlicher) Anspruch des Schuldners gar nicht vorliege, eine Pfändung und Überweisung also gegenstandslos sei, nicht. Es liegt vielmehr auch bei sog. Kannbezügen ein Anspruch auf Versorgungsgebührnisse i. S. der §§ 68 ff. RVersorgG. vor. Die Aufhebung des Beschl. des AG. kann also hierauf nicht gestützt werden. Grundsätzlich ist vielmehr die Pfändbarkeit anzuerkennen.

(KG., Beschl. v. 2. Okt. 1934, 8 W 6376/34.)

Eingef. v. RA. Dr. Hawlitzky, Forst i. L.

*

2. 1. Der Sozialversicherungsträger kann auch wegen einer der Witwe eines Versicherten anläßlich ihrer Wiederverheiratung gewährten gesetzlichen Witwenabfindung nach § 49 AngVersG. (§ 89 AngVersG. a. F.) vom Schädiger Ersatz verlangen. Aus der allgemeinen Fassung des § 49 AngVersG. folgt, daß auch die von dem Sozialversicherungsträger gezahlte Witwenabfindung unter den Forderungsübergang fällt.

2. Die Erstattungsfähigkeit einer solchen Witwenabfindung nach § 49 AngVersG. setzt grundsätzlich nicht voraus, daß der Witwe ein bürgerlich-rechtlicher Anspruch auf Witwenabfindung nach § 843 BGB. zusteht.

3. Der Sozialversicherungsträger kann wegen der Witwenabfindung sich auch aus bürgerlich-rechtlichen Rentenansprüchen für die Zeit vor der Wiederverheiratung befriedigen. †)

Der Ehemann W., welcher bei der Kl., der Reichsversicherungsanstalt für Angestellte, versichert war, ist am 3. Jan. 1931 durch den Kraftwagen der Bekl. tödlich verunglückt.

Die Kl. hat als gesetzliche Rechtsnachfolgerin der Witwe W. gem. § 49 AngVersG. i. d. Fass. v. 17 Mai 1934 — RGBl. I, 435 — (§ 89 AngVersG. a. F.) i. Verb. m. § 7 KraftfG. von der Bekl. Zahlung von 1915,70 *RM* begehrt. Sie verlangt diesen Betrag als Ersatz der von ihr (der Kl.) der Witwe W. gem. § 32 AngVersG. (a. F.) für die Zeit v. 1. Jan. 1931 bis zum 31. Juli 1932 im Betrage von monatlich 33,90 *RM* und v. 1. Aug. 1932 bis zum 31. März 1933 im Betrage von monatlich 28,90 *RM* gewährten Rente und als Ersatz der von ihr der Witwe anläßlich ihrer Wiederverheiratung am 21. März 1933 gem. § 63 AngVersG. a. F. (§ 41 Abs. 2 AngVersG. n. F.) gewährten Witwenabfindung in Höhe von 1040,40 *RM*.

Die Bekl. hat geltend gemacht, es liege ein unabwendbares Ereignis i. S. des § 7 Abs. 2 KraftfG. vor.

Sie hat ferner bestritten, daß der Witwe W. noch irgendwelche Ersatzansprüche wegen entgangenen Unterhalts zugestanden hätten, nachdem sie sich wiederverheiratet habe.

Die Bekl. hat schließlich geltend gemacht, die von der Kl. der Witwe W. gewährte Witwenabfindung falle nicht unter den gesetzlichen Forderungsübergang, weil der Witwe mangels eines wichtigen Grundes nach § 843 Abs. 3 BGB. kein Anspruch auf Kapitalabfindung zugestanden habe.

Über die der Witwe W. verbliebenen bürgerlich-rechtlichen Ersatzansprüche haben sich die Parteien im gerichtlichen Vergleich vom 24. Jan. 1933 verglichen.

Das LG. Berlin hat die Klage abgewiesen mit der Begr., daß ein unabwendbares Ereignis i. S. des § 7 Abs. 2 KraftfG. vorliege.

Das KG. hat den Nachweis für das Vorliegen eines unabwendbaren Ereignisses nicht als erbracht angesehen und hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt.

„... Somit haftet die Bekl. als Halterin des Kraftfahrzeuges nach § 7 KraftfG. für den angerichteten Schaden. Ihre Einwendungen gegen die Höhe des Schadens und gegen den Übergang der Ansprüche auf die Kl. sind unbegründet.

Die Zeit nach der Wiederverheiratung der Witwe W. soll außer Betracht gelassen werden, so daß es keiner Erörterung bedarf, ob die Witwe W. in dieser Zeit noch einen Schaden gehabt hat.

Zu 2. Die Entsch. des KG. ist für die sozialversicherungsrechtliche Regreßpraxis von besonderer Bedeutung.

Über die Erstattungsfähigkeit der von Sozialversicherungsträgern gewährten Witwenabfindung gab es bisher — soweit bekannt — nur die Entsch. des LG. Hannover v. 20. März 1930, das die Erstattung der Witwenabfindung grundsätzlich nur bei Bestehen eines bürgerlich-rechtlichen Abfindungsanspruchs nach § 843 BGB. zulassen wollte (vgl. EisenbEntsch. 1931, Bd. 50 S. 303 Nr. 125). Diese Entsch. des LG. Hannover ist bereits in den Abhandlungen JW. 1933, 885 und 1545 als unrichtig abgelehnt. Sie wird nunmehr auch durch das vorliegende Urt. des KG. widerlegt.

Die Bedeutung der Entsch. des KG. liegt im einzelnen in folgenden Punkten:

1. Das KG. hat als erstes höheres Gericht über die — insbes. bei Vergleichsverhandlungen zwischen Sozialversicherungsträgern und den Haftpflichtigen bzw. ihren Versicherungsgesellschaften vielfach vorkommende — Rechtsfrage entschieden: Kann der Sozialversicherungsträger wegen einer der Witwe eines Versicherten anläßlich der Wiederverheiratung gewährten Witwenabfindung vom Schädiger im Regreßwege gem. § 49 AngVersG. (§ 89 AngVersG. a. F.) Ersatz verlangen? Das KG. hat diese grundsätzliche Frage bejaht. Es begründet seine zutreffende Entsch. mit dem kurzen und klaren Hinweis: „Daß auch die von der Kl. gezahlte Abfindung unter den Forderungsübergang fällt, folgt aus der allgemeinen Fassung des § 89 AngVersG."

2. Das KG. stellt fest, daß die Entsch. über die Erstattungsfähigkeit der Witwenabfindung grundsätzlich auch nicht davon abhängt, ob der Witwe ein bürgerlich-rechtlicher Abfindungsanspruch gem. § 843 BGB. zusteht. Die Erstattungsfähigkeit hängt auch grundsätzlich nicht davon ab, ob überhaupt der Witwe für die Zeit nach ihrer Wiederverheiratung ein bürgerlich-rechtlicher Rentenanspruch zusteht. Darauf kommt es überhaupt nicht an, wenn, wie im vorliegenden Falle, bereits die der Witwe für die Zeit vor ihrer Wiederverheiratung zustehenden bürgerlich-rechtlichen Ansprüche ihrer Höhe nach auch zur Deckung der Witwenabfindung gem. § 63 AngVersG. (a. F.) genügen. Lediglich im Einzelfalle, falls nämlich die Ersatzansprüche der Witwe für die Zeit vor der Wiederverheiratung zur Deckung nicht genügen, kommt es auf die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche nach der Wiederverheiratung an.

Bemerkt sei hierzu noch, daß der Unterschied des Bestehens oder Nichtbestehens eines bürgerlich-rechtlichen Witwenabfindungsanspruchs nach § 843 BGB. praktisch nur folgender ist: Aus dem bestehenden bürgerlich-rechtlichen Witwenabfindungsanspruch wird der Sozialversicherungsträger die von ihm gewährte Abfindung meist sofort in voller Höhe erstattet verlangen können, während bei Nichtbestehen eines solchen bürgerlich-rechtlichen Witwenabfindungsanspruchs, aber bei Fortbestehen des rentenmäßigen Ersatzanspruchs nach der Wiederverheiratung der Versicherungsträger wegen der von ihm gewährten Witwenabfindung meist nur eine „ratenmäßige" Befriedigung begehren kann, wobei sich die „Raten" nach der Höhe des bürgerlich-rechtlichen Rentenanspruches richten.

3. Nach der Entsch. des KG. kann der Sozialversicherungsträger wegen seiner anläßlich der Wiederverheiratung am 21. März 1933 gem. § 63 AngVersG. (a. F.) gewährten Witwenabfindung aus dem der Witwe für die Zeit v. 1. Jan. 1932 bis zum 31. Jan. 1933 zustehenden bürgerlich-rechtlichen Rentenansprüchen Befriedigung verlangen. Danach ist die Erstattung von Sozialversicherungsleistungen nach § 49 AngVersG. nicht davon abhängig, daß diese Leistungen durch zeitlich und artgemäß entsprechende bürgerlich-rechtliche Ansprüche gedeckt werden. Eine solche Einengung der Regreßansprüche des Sozialversicherungsträgers würde auch im Gesetz keine Stütze finden. Nach dem Sinn des Gesetzes ist es vielmehr so, daß alles, was von dem Schädiger als Ersatz zu leisten ist (außer den höchstpersönlichen Schadensersatzansprüchen) in erster Linie dem Sozialversicherungsträger zur Deckung aller seiner Leistungen zur Verfügung steht: ohne Rücksicht auf die Art der Leistungen (Renten oder Abfindung) und auch ohne Rücksicht auf die Zeit, für die der Ersatz geleistet wird und auf die sich die Leistungen des Sozialversicherungsträgers beziehen. Auch „das folgt aus der allgemeinen Fassung des § 49 AngVersG."

5. Die weitere Bedeutung der Entsch. des KG. beruht schließlich darin, daß sie nicht nur für das Gebiet der Angestelltenversicherung gilt, sondern auch entsprechend im Gebiet der Unfallversicherung, der Invalidenversicherung und der Knappschaftsversicherung für die Regreßansprüche der Unfallberufsgenossenschaften, der Landesversicherungsanstalten und der Reichsknappschaft nach § 1542 RVO. und § 81 RKnappschG. Geltung hat. —

Schließlich sei noch auf folgendes hingewiesen:

Die Feststellung in den Urteilsgründen, daß die Kl. zur Zahlung von Renten und nach der Wiederverheiratung der Witwe zur Gewährung einer Abfindung in Höhe von drei Jahresrenten verpflichtet war, und daß die Höhe der Rente nicht bestritten worden ist, hätte sich im Hinblick auf § 49 Abs. 2 AngVersG. erübrigt. Denn nach § 49 Abs. 2 AngVersG. ist das Gericht an die Entsch. gebunden, die in einem Verfahren nach dem AngVersG. darüber geht, ob und in welchem Umfange die Reichsversicherungsanstalt verpflichtet ist. Der offenbare Zweck dieser Gesetzesbestimmung ist es, die verwaltungsmäßige Festsetzung der Leistungen durch den Sozialversicherungsträger der Nachprüfung der ordentlichen Gerichte überhaupt zu entziehen.

GerAss. Dr. Alfred Post, Berlin.

Die Berechtigung der Klageforderung ergibt sich allein aus der Feststellung der für das Jahr 1932 und den Monat Januar 1933 entstandenen Ansprüche.

Nach dem eigenen Vortrag der Bekl. hat die Witwe W. während des Jahres 1931 von der G. mehr als 100 *RM* wöchentlich, insgesamt also mehr als 5200 *RM* erhalten. Es ist auch ohne Beweiserhebung anzunehmen, daß das Einkommen des Ehemannes W. in diesem Jahre infolge seiner beruflichen Fähigkeiten noch wesentlich höher gewesen wäre, und daß er daher auch im Jahre 1932 trotz Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage noch mindestens diese 5200 *RM* verdient haben würde ... Die Witwe W. hätte gegen ihren Ehemann einen Unterhaltsanspruch in Höhe von etwa $^2/_5$ dieses Einkommens oder mindestens 2080 *RM* jährlich gehabt, so daß ihr schon für die Zeit v. 1. Jan. 1932 bis zum 31. Jan. 1933 auf alle Fälle ein Unterhaltsverlust von etwa 2200 *RM* entstanden ist, der die Klageforderung noch in voller Höhe rechtfertigt.

Ein Schaden in Höhe der Klageforderung ist demnach auf Grund des unstreitigen Sachverhalts als erwiesen anzusehen. Ob darüber hinaus ein weiterer Schaden entstanden ist, bedarf hier keiner Erörterung ...

Gegen den Übergang der Schadensersatzansprüche auf die Kl. bestehen keine Bedenken. Daß die Kl. zur Zahlung von Rente und nach der Wiederverheiratung der Witwe W. zur Gewährung einer Abfindung in Höhe von drei Jahresrenten verpflichtet war, ergibt sich aus den §§ 32 und 63 AngVersG. (a. F.). Die Höhe der Rente und die Tatsache der Auszahlung sind nicht bestritten worden. Ob die Witwe W. gegenüber der Bekl. einen Anspruch auf Kapitalabfindung gehabt hat, kann daher dahingestellt bleiben, weil die Forderung der Kl. schon durch die auf sie übergegangenen Rentenansprüche der Witwe gedeckt ist. Daß auch die von der Kl. gezahlte Abfindung unter den Forderungsübergang fällt, folgt aus der allgemeinen Fassung des § 89 AngVersG. ..."

(KG., Urt. v. 27. Sept. 1934, 7 U 44289/33.)

*

3. §§ 445, 619 ZPO. **Parteivernehmung in Ehesachen ist in der Regel keine Beweisaufnahme.**

Die Vorinstanzen haben mit Recht die Festsetzung der Beweis- und weiteren Verhandlungsgebühr für den BeschwF. abgelehnt. Denn eine Beweisaufnahme hat nicht stattgefunden. Es ist nicht verständlich, worauf der BeschwF. seinen Festsetzungsantrag gründet. Denn er erklärt ausdrücklich, daß er wisse, daß weder ein Beweisbeschluß ergangen sei noch eine Beweisaufnahme stattgefunden habe. Trotzdem glaubt er, eine Beweisgebühr deshalb verlangen zu können, weil in einer Entsch. des OLG. Düsseldorf v. 9. März 1934 (JW. 1934, 1188[19]) für den Fall der Vernehmung einer Partei in Ehesachen gem. § 619 ZPO. die Annahme vertreten wird, daß es sich dabei um ein Beweisaufnahmeverfahren handele, das somit auch die entsprechenden Gebühren erwachsen lasse. Die Stellungnahme des Senats zu dieser Frage ist jedoch eine gegenteilige. Er hat bereits in seiner grundsätzlichen Entsch. 20 W 2342/34 v. 24. März 1934 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 30 = JW. 1934, 915[6]) ausgesprochen, daß die Vernehmung der Parteien in Ehesachen im Zweifel eine solche nach § 619 ZPO. darstelle, es sei denn, daß ausdrücklich durch besondere Beweisanordnung die Vernehmung der Parteien zur Klärung streitiger Parteibehauptungen angeordnet wird. Er hat weiter in der grundsätzlichen Entsch. 20 Wa 59/34 v. 3. März 1934 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung 1934 Nr. 29 = JW. 1934, 700[1]) seinen Standpunkt dahin begründet, daß diese Parteivernehmung gem. § 619 ZPO. wie auch schon vor dem 1. Jan. 1934 keine Beweisaufnahme i. S. des § 445 ZPO. darstellt und daß beide Fälle gebührenrechtlich verschieden zu behandeln sind. Der Senat hat auch schon nach Veröffentlichung der vom BeschwF. angeführten Entsch. des OLG. Düsseldorf Gelegenheit genommen, nach wie vor unter Ablehnung dieser nur mit kurzer Begründung abgedr. Entsch. seinen in den vorgenannten Entsch. eingehend begründeten Standpunkt ausdrücklich aufrechtzuerhalten. Die Ausführungen des BeschwF., der selber eine Beweisaufnahme nicht behaupten will, geben naturgemäß dem Senat keine Veranlassung, seine Ansicht zu dieser Frage zu ändern.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 15. Dez. 1934, 20 W 8763/34.)

*

4. § 18 DGKG.; § 12 RAGebO. **Bei der Beschw. gegen einen Streitwertbeschluß aus § 18 DGKG. hat der BeschwF. die außergerichtlichen Kosten seiner Beschw. stets selbst zu tragen.**

Das LG. hatte durch Beschl. v. 28. Aug. 1934 den Streitwert der Klage entsprechend der Angabe des Kl. auf 1500 *RM* festgesetzt. Auf die Beschw. des Prozeßbevollmächtigten des Bekl. hat der Senat durch Beschl. v. 12. Okt. 1934 den Streitwert auf 3750 *RM* heraufgesetzt und ausgesprochen, daß die Entsch. gebührenfrei ergeht. Der BeschwF. hat nunmehr beantragt, den Beschl. v. 12. Okt. 1934 dahin zu ergänzen, daß die außergerichtlichen Kosten des BeschwVerfahrens dem Kl. auferlegt werden. Diesem Antrag konnte mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht stattgegeben werden:

Gegen den aus § 18 DGKG. ergangenen Streitwertbeschluß steht der Partei, dem RA. und der Staatskasse ein Beschwerderecht zu, und zwar der Partei mit dem Ziel auf Herabsetzung des Streitwertes, dem RA. mit dem Ziel auf Heraufsetzung des Streitwertes, der Staatskasse regelmäßig gleichfalls mit dem Ziel auf Heraufsetzung des Streitwertes, jedoch, sofern die Zahlung von Armenanwaltsgebühren in Frage kommt, auch mit dem Ziel auf Herabsetzung des Streitwertes (vgl. Baumbach, Anm. 7 zu § 18 DGKG.). Da beide Parteien gleichmäßig an der Herabsetzung des Streitwertes, die beiderseitigen RA. gleichmäßig an einer Heraufsetzung des Streitwertes interessiert sind, folgt hieraus, daß „Beschwerdegegner" der Partei stets nur die beiderseitigen RA. und die Staatskasse, „Beschwerdegegner" des RA. stets nur beide Parteien und evtl. auch die Staatskasse sein könnte. Hiernach würde bei einer Beschw. der Partei stets auch ihr Prozeßbevollmächtigter, bei einer Beschw. des RA. stets auch die von ihm vertretene Partei Beschwerdegegner sein müssen. Bereits diese Erwägung zeigt, daß im Streitwertbeschwerdeverfahren nicht gut von einem Beschwerdegegner und somit auch nicht von einer unterliegenden Partei gesprochen werden kann (vgl. auch Baumbach, Anm. 1 B zu § 12 RAGebO.). Aber auch sonst würde es an einer gesetzlichen Best. fehlen, nach der die außergerichtlichen Kosten der Streitwertbeschwerde dem Beschwerdegegner auferlegt werden könnten. Die Vorschr. des DGKG. verhalten sich in §§ 38, 19 nur über die gerichtlichen Gebühren und Auslagen. Die RAGebO. enthält überhaupt keine besondere Best. Es müßte daher auf die allgemeinen Vorschr. der ZPO. zurückgegangen werden. Diese verhalten sich in den §§ 91—100 über die Kostentragungspflicht im Verhältnis zwischen den Prozeßparteien untereinander, in den §§ 101, 102 über die Kostentragungspflicht im Verhältnis zwischen den Prozeßparteien und einem Dritten. Aus den vorstehenden Darlegungen ergibt sich, daß im Streitwertbeschwerdeverfahren sich die Prozeßparteien niemals als BeschwF. und Beschwerdegegner gegenüberstehen können, sondern daß BeschwF. oder Beschwerdegegner stets ein Dritter sein muß. Hieraus folgt, daß für die Entsch. der hier interessierenden Frage die Vorschr. der §§ 91—100 ZPO. unanwendbar sind und daß insbes. nicht etwa gem. § 91 ZPO. dem sog. Beschwerdegegner die außergerichtlichen Kosten des obsiegenden BeschwF. auferlegt werden können. Die §§ 101, 102 ZPO. betreffen völlig andere Fälle und scheiden daher ohne weiteres aus. Da andere kostenrechtliche Best. nicht in Frage kommen, fehlt es daher an einer Vorschr., die es ermöglichte, im Streitwertbeschwerdeverfahren aus § 18 DGKG. eine Entsch. über die außergerichtlichen Kosten der Beschw. zu treffen. Dies Ergebnis entspricht auch allein der Billigkeit; denn die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, daß beispielsweise bei der erfolgreichen Beschw. der Partei auf Herabsetzung des Streitwertes die der Partei entstandenen außergerichtlichen Kosten nicht etwa der Gegenpartei, sondern den beiderseitigen RA., somit auch dem eigenen Prozeßbevollmächtigten der Partei, der für sie die Beschw. eingelegt hat, und zudem auch noch der Staatskasse aufzuerlegen wären. Daß dies nicht Rechtens sein kann, liegt auf der Hand. Hiernach ist dann aber auch die etwa noch in Frage kommende entsprechende Anwendung der Vorschr. des § 91 ZPO., die zu derartigen Ergebnissen führen würde, abzulehnen. Daher hat der BeschwF. im Streitwertbeschwerdeverfahren aus § 18 DGKG. die außergerichtlichen Kosten seiner Beschw. stets selbst zu tragen.

(KG., Beschl. v. 23. Nov. 1934, 14 W 7016/34.)

Ber. von KGR. Friedrich Müller, Berlin.

*

5. § 13 Ziff. 3 RAGebO. **Bei Vergleich mit Widerrufsvorbehalt entsteht auch für den Anwalt der Partei, die ohne Widerruf abschließt, keine Vergleichsgebühr.**

Nach der auch vom BeschwF. angeführten grundsätzlichen Entsch. des Sen. v. 13. Jan. 1934, 20 W 10235/33 (JW. 1934, 305) entsteht für den Anwalt durch einen auf Widerruf geschlossenen Vergleich, sofern der Widerruf erfolgt, die Vergleichsgebühr nicht. Der BeschwF. glaubt nun aus der Begr. dieser Entsch. des Sen. herauslesen zu können, daß immerhin wenigstens dem Anwalt derjenigen Partei, die sich ein Widerrufsrecht nicht vorbehalte, die Vergleichsgebühr bereits auf jeden Fall erwachse. Der BeschwF. übersieht indessen, daß es sich dabei nur um Erwägungen gehandelt hat, die den Sen. zu seiner Entsch. bestimmt haben. Er übersieht aber insbes., daß rechtlich eine derartige Unterscheidung in Partei, die mit Widerruf und in solche Partei, die ohne Widerruf abschließt, nicht möglich ist. Denn die Vergleichsgebühr entsteht nur durch einen

abgeschlossenen, d. h. durch einen zustande gekommenen Vergleich, also durch einen Vertrag, der beide Teile bindet. Dadurch, daß eine Partei bereits ohne Widerruf abschließt, erklärt sie nichts anderes als ein Vertragsangebot, an das sie sich bis zur Erklärung der Gegenpartei über Annahme oder Ablehnung gebunden halten will, d. h. eine einseitige Bindung. § 13 Ziff. 3 RAGebO. sieht aber für eine solche eine Vergleichsgebühr nicht vor.

Deshalb ist eine Gebühr auch für diejenigen Fälle, die der BeschwF. glaubt von der Regel ausnehmen zu können, nicht entstanden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 8. Dez. 1934, 20 W 8479/34.)

*

6. § 13 Ziff. 3 RAGebO.; §§ 346, 158 BGB. Vorbehalt des Rücktritts und Vorbehalt des Widerrufs bei einem Prozeßvergleich sind gebührenrechtlich verschieden zu behandeln. Vergleichsgebühr entsteht nur im ersteren Fall.

Die Parteien haben am 19. Juni 1934 einen Vergleich des Inhalts zu gerichtlichem Protokoll geschlossen, daß der Bekl. bis 16. Juli 1934 sich verpflichtete, 325 *RM* an den Kl. zu zahlen, dieser sich aber den Rücktritt vom Vergleich vorbehielt, falls der Bekl. seine Verpflichtung nicht pünktlich erfülle. Mit Schriftsatz v. 11. Aug. 1934 hat der Kl. den Rücktritt vom Vergleich erklärt und neu geladen, da der Bekl. der Verpflichtung aus dem Vergleich nicht nachgekommen sei. Daraufhin ist Urt. ergangen.

Der Urkundsbeamte hat, gestützt auf die Entsch. des Kostensenats des KG. (20 W 10235/34) v. 13. Jan. 1934 (JW. 1934, 305), die für den unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Vergleich eine Vergleichsgebühr nicht anerkennt, die Festsetzung der Vergleichsgebühr für den Armenanwalt des Bekl. abgelehnt. LG. hat jedoch die Vergleichsgebühr festgesetzt.

Die Beschwerde der Staatskasse gegen diese Entsch. ist nicht begründet. Die Auffassung der Beschwerde, daß in kostenrechtlicher Hinsicht die Begriffe Rücktritt und Widerruf identisch seien, trifft nicht zu. Sie entspringt offenbar der Erwägung, daß alle Vergleiche, die nicht schlechthin endgültig in dem Sinne sind, daß der Prozeß nicht wieder auflebt, die vielmehr von vornherein die Möglichkeit der Beseitigung des Vergleichs für eine oder beide Parteien vorsehen, kostenrechtlich einheitlich zu beurteilen und nicht als zur Beilegung des Rechtsstreits i. S. des § 13 Ziff. 3 RAGebO. geschlossene Vergleiche anzusehen sind. Dieser Erwägung könnte dann beigetreten werden, wenn Voraussetzung für die Entstehung der Vergleichsgebühr in der Tat die endgültige und dauernde Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich wäre. Diese Voraussetzung stellt jedoch das Gesetz in § 13 Ziff. 3 RAGebO. nicht auf, verlangt vielmehr nur einen „zur Beilegung des Rechtsstreits" geschlossenen Vergleich. Daß dieses Ziel auch tatsächlich erreicht wird, ist aber — anders als im Falle des § 23 GKG. (Wegfall der gerichtlichen Beweisgebühr infolge Vergleichsschlusses) — nicht unbedingtes Erfordernis (so bereits Entsch. des Sen. [20 W 5472/30] v. 24. Juni 1930: BüroBl. 1930, 302; Walter-Joachim-Friedlaender, 1932, Anm. 61 zu § 13 RAGebO.; Willenbücher, Anm. 10 zu § 13 RAGebO.).

Folglich kommt es nur darauf an, ob ein die Beilegung des Rechtsstreits bezweckender Vergleich schon zustande gekommen, d. h. ob ein entsprechender Vertrag i. S. des § 779 BGB. bereits geschlossen ist, dessen Wirkungen nicht erst von dem Eintritt irgendwelcher Bedingungen oder von der Zustimmung oder dem Nichtwiderruf einer oder beider Parteien abhängen. In solchem Falle fehlt es an dem Haupterfordernis, der Bindung beider Parteien, also dem Vergleich selbst, wie der Sen. für den Fall des Widerrufs in der oben bereits erwähnten Entsch. v. 13. Jan. 1934 und für den Fall der aufschiebenden Bedingung in seiner grundsätzlichen Entsch. (20 W 8188/31) v. 5. Okt. 1931 (bei Gaedeke, Kostenrechtsprechung, 1934, Nr. 99) bereits ausgesprochen hat.

Die Rechtslage ist jedoch bei Vorbehalt des Rücktritts von einem Vergleich eine andere. Der Vorbehalt des Rücktritts weist regelmäßig auf einen bereits abgeschlossenen, und zwar bedingungslos abgeschlossenen, Vertrag hin. Denn der bürgerlich-rechtliche Begriff des Rücktritts in § 346 f. BGB. geht von einem vorhandenen, an sich wirksamen Vertrag aus, der somit bereits vom Zeitpunkt des Abschlusses an seine Wirkungen äußert. Das ist aber der Wille der Parteien und demgemäß regelmäßig die Rechtslage in denjenigen Fällen, in denen die Parteien ein Prozeßabkommen zur Erledigung des Rechtsstreits treffen, in denen der eine oder andere Teil sich aber für den Fall, daß dieses Abkommen von der Gegenseite nicht erfüllt wird, den Rücktritt vorbehält. Die Erfüllung eines noch nicht geschlossenen, die Parteien mithin noch nicht verpflichtenden Vergleichs ist aber schon begrifflich ausgeschlossen. Folglich liegt in diesem Falle ein perfekter Vergleich mit echtem Rücktrittsrecht einer Partei vor. Bis zur etwaigen Ausübung des Rücktrittsrechts äußert dieser Vergleich bereits seine Wirkung auf den Prozeß dahin, daß dieser wirksam beendet ist. Hierin liegt der Unterschied zu dem Widerrufsvorbehalt und der aufschiebenden Bedingung, in welch letzteren Fällen der Eintritt der Wirksamkeit des Vergleichs und damit die Auswirkung auf den Prozeß in der Schwebe bleibt. Wird dagegen von dem Rücktrittsrecht später Gebrauch gemacht, so hebt zwar dieser Rücktritt den Vergleich von Anfang an auf, während zunächst ein zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossener, diese Wirkung auch zunächst ausübender Vergleich zustande gekommen war, der Prozeß aber durch Neuaufnahme wieder aufleben kann. Das bedeutet jedoch nur, daß der Vergleich infolge der Rücktrittsklausel eine Dauerwirkung nicht gehabt hat. Diesen Rechtszustand teilt der mit Rücktrittsklausel geschlossene mit dem unter auflösender Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB.) geschlossenen Vergleich, obwohl hier insofern eine etwas andere Rechtslage vorliegt, als der Eintritt der auflösenden Bedingung den Vergleich nicht rückwirkend aufhebt. Doch unterliegt ohnehin jeder Vergleich der Beseitigungsmöglichkeit z. B. durch Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung, oder er kann sich nach § 779 BGB. als unwirksam herausstellen. Auch in allen diesen Fällen kann nicht in Zweifel gezogen werden, daß zunächst ein wirksamer Vergleich geschlossen worden ist. Sein späteres Rechtsschicksal kann zwar das Wiederaufleben des Prozesses zur Folge haben, kann aber die gebührenrechtliche Seite der Frage nicht berühren (so auch Sydow-Busch-Krieg, 5 zu § 13 RAGebO.; KG. v. 16. Febr. 1926: JW. 1926, 1610[2]; OLG. München vom 19. Jan. 1928: JW. 1928, 756[50]). Die einmal für die beteiligten Prozeßbevollmächtigten entstandene Vergleichsgebühr wird dadurch nicht hinfällig.

Die Befürchtungen der Staatskasse, daß auf diesem Wege gleichsam für eine Umgehung der ablehnenden Rspr. im Falle des unter Widerrufsvorbehalt geschlossenen Vergleichs Schule gemacht werden könnte und daß damit die Möglichkeit eröffnet werden könnte, daß jeder Armenanwalt in einem Verfahren nach Belieben Vergleiche abschließen und von ihnen wieder zurücktreten und damit möglichst viel Gebühren für sich herausholen könnte, ist zwar als praktische Erwägung mit in Betracht zu ziehen, für die Beurteilung der Rechtslage indes ohne Bedeutung, vor allem aber auch unbegründet. Abgesehen davon, daß ohnehin für jede Instanz jedem Prozeßbevollmächtigten die Vergleichsgebühr nur einmal erwachsen kann (§ 25 RAGebO.), würde auch die Rspr. in der Lage sein, jedem Versuche, einen Widerrufsvorbehalt durch Aufnahme einer Rücktrittsklausel im Vergleich zu tarnen und so unberechtigterweise die Vergleichsgebühr zu verdienen, wirksam entgegenzutreten.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 15. Dez. 1934, 20 W 8558/34.)

*

7. §§ 13 Ziff. 3 RAGebO. Vergleich mit Verwirkungsklausel läßt Vergleichsgebühr auch dann entstehen, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung eintreten und der Prozeß wieder auflebt.

Die Parteien haben sich am 8. März 1934 zu gerichtlichem Protokoll dahin verglichen, daß der Bekl. zum Ausgleich der Klageforderung einen bestimmten, von einem vom Gericht auszuwählenden Sachverständigen noch festzusetzenden Betrag an den Kl. zahlen sollte, daß aber der Vergleich hinfällig werden sollte, wenn die Zahlung nicht bis zum 1. Juli 1934 geleistet sei. Obwohl der Sachverständige gemäß Vereinbarung der Parteien sein Gutachten abgegeben hat, ist der Bekl. seiner Zahlungsverpflichtung nicht nachgekommen, so daß der Kl. mit Schriftsatz v. 18. Aug. 1934 den Prozeß wieder aufgenommen und neu geladen hat. Am 20. Okt. 1934 ist dann Versäumnisurteil gegen den Bekl. ergangen.

Der Urkundsbeamte hatte zunächst durch Beschluß v. 19. März 1934 antragsgemäß die dem Anwalt des Kl. zustehenden Armenanwaltsgebühren, darunter auch die Vergleichsgebühr, festgesetzt. Durch Beschluß v. 30. Okt. 1934 hat er diese Festsetzung „gem. § 319 ZPO. dahin berichtigt", daß die Vergleichsgebühr abgesetzt werde und auf die Erinnerung des Armenanwalts hin diese Berichtigung damit begründet, daß ihm die Entsch. des KG. v. 13. Jan. 1934 über Versagung der Vergleichsgebühr bei einem auf Widerruf geschlossenen Vergleich unbekannt gewesen sei und er sich somit in einem Rechtsirrtum befunden habe. Das LG. hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die Beschwerde dagegen ist begründet.

Ein Berichtigungsbeschluß durfte selbst dann nicht ergehen, wenn die Ansicht des Urkundsbeamten und des LG., daß durch den Vergleich eine Vergleichsgebühr nicht erwachsen sei, zuträfe. § 319 ZPO. läßt die Berichtigung nur zu bei Schreibfehlern oder bei anderen offenbaren Unrichtigkeiten, eröffnet aber nicht die Möglichkeit, aus unzutreffender rechtlicher oder tatsächlicher Beurteilung heraus ergangene falsche Entsch. zu korrigieren. Deshalb schafft auch die Erwägung des LG., der Urkundsbeamte hätte ja auf Erinnerung der Staatskasse hin ohnehin in gleicher Weise entscheiden müssen und es sei nur eine im Interesse der Staatskasse unerwünschte Verzögerung vermieden worden, nicht die fehlende Rechtsgrundlage für die vom LG. gebilligte Berichtigung. Aus gleicher Erwägung könnte

jede Instanz ihre nachträglich als unzutreffend erkannte Entsch. von sich aus jederzeit ändern, um eine unerwünschte Verzögerung durch Einlegung von Rechtsmitteln zu verhindern.

Aber auch sachlich kann der Ansicht der Vorinstanzen nicht beigetreten werden. Der Annahme des LG., daß die Rspr. des KG. „offenbar" eine Vergleichsgebühr nur für die Fälle zubilligen wolle, in denen der Vergleich den Rechtsstreit endgültig beende, nicht aber in denen, in denen die Möglichkeit des Wiederauflebens des Prozesses bestehe, stehen die klaren und unmißverständlichen Ausführungen in der Entsch. des Sen. (20 W 10235/33) v. 13. Jan. 1934 (JW. 1934, 305[1]) entgegen. Deshalb trifft auch die Ansicht des LG., daß der unter Widerrufsvorbehalt geschlossene Vergleich dem unter auflösender Bedingung geschlossenen gleich zu erachten sei, nicht zu. Letzterer läßt vielmehr, wie obige grundsätzliche Entsch. und die Entsch. des Sen. 20 W 5704/31 v. 8. Juni 1934 ergeben, die Vergleichsgebühr trotz Eintritts der auflösenden Bedingung entstehen und bestehen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich gar nicht um einen unter Vorbehalt des Widerrufs, sondern um einen mit Verwirkungsklausel geschlossenen Vergleich. Der Vergleich selbst ergibt also, daß eine Bindung zwischen beiden Parteien bereits eingetreten ist, und daß auch der erstrebte Erfolg, den Rechtsstreit beizulegen, zunächst jedenfalls erreicht worden ist. Damit ist aber die Voraussetzung des § 13 Ziff. 3 RAGebO. erfüllt. Nicht anders als beim Vorbehalt des Rücktritts vom geschlossenen Vergleich (zu vgl. hierzu die Entsch. des Sen. vom heutigen Tage 20 W 8558/34) ist also für die mitwirkenden Anwälte die Vergleichsgebühr auch dann entstanden, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung eintreten und es damit zur Wiederaufnahme des Rechtsstreits kommt. Die für die Anwälte erwachsende Vergleichsgebühr wird dadurch nicht berührt.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 15. Dez. 1934, 20 W 8531/34.)

*

Breslau

8. § 6 AufwG. Die bei und mit dem Inkrafttreten des AufwG. bestehende Rangordnung ist endgültig. Der mit dem Inkrafttreten des AufwG. einmal begründete Vorrang eines Rechtes vor der Zusatzaufwertung steht auch dem späteren Erwerber zu. Er geht auch nicht dadurch verloren, daß das durch ihn begünstigte Recht nach dem Inkrafttreten des AufwG. zeitweilig dem Eigentümer zustand.

Der Kl. ist Gläubiger einer Aufwertungsteilhypothek von 500 GM. Diese ist im Grundbuch Abt. III unter Nr. 33 für ihn eingetragen und stellt den letztrangigen Teil einer Aufwertungshypothek von 8000 GM. dar. Das fragliche Grundstück soll versteigert werden.

Für die Bekl. ist in Abt. III unter Nr. 36 eine Belastung im Werte von 10 kg 760 g Feingold eingetragen; sie wurde ursprünglich am 30. Sept. 1924 als Restkaufgeldhypothek eingetragen, ging in den Jahren 1926 und 1927 unter Bildung von zwei gleichen Teilen mit entsprechenden Teilbriefen in andere Hände über und wurde dann der Bekl. abgetreten, die unter dem 17. Febr. 1933 als neue Gläubigerin eingetragen ist. In der Zwischenzeit war für diese beiden Teile gem. § 6 Abs. 2 AufwG. am 20. April 1927 ein Vorrang des Inhalts eingetragen worden, daß sie einem Teilbetrag von 1600 RM der Hypothek Nr. 33 vorgehen. Dieser Eintragungsbetrag wurde auf Antrag der Bekl. am 9. Febr. 1933 auf 3200 GM. berichtigt. Außerdem haben, wie der Kl. ausdrücklich anerkannt, zwei kleinere Teile der Post Nr. 36 durch Einrücken in Rangvorbehalte den Vorrang vor der Hypothek Nr. 33 erlangt.

Der Kl. erkennt jedoch nicht an, daß der Rest der Hypothek Nr. 36 im Werte von über 20000 GM. seiner Hypothek vorgehe.

Die Ver. der Bekl. ist zulässig und begründet.

Das angef. Urt. geht zutreffend davon aus, daß der ursprüngliche Gläubiger W. das jetzt der Bekl. zustehende Grundpfandrecht innerhalb der in § 6 Abs. 2 AufwG. bestimmten Frist vom 14. Febr. 1924 bis zum 1. Okt. 1924 erworben hat. Die im Kaufvertrag niedergelegte Vereinbarung über die Berechtigung des Gläubigers, sich den Brief vom GBA. aushändigen zu lassen, ersetzte die Übergabe des Hypothekenbriefes. Die Hypothek ist daher mit der Eintragung am 30. Sept. 1924 entstanden (§ 1117 BGB.). Da W. beim Inkrafttreten des AufwG. noch Gläubiger dieser Hypothek war, so ging die Aufwertungshypothek mit der gegenüber der Regelung der 3. StNotVO. zusätzlichen Aufwertung des AufwG. jenem Rechte im Range nach (§ 6 Abs. 2 AufwG.).

Im übrigen aber war der Rechtsansicht des GBA. vor der des Kl. und des LG. der Vorzug zu geben.

Es ist in Rspr. und Rechtslehre allgemein anerkannt, daß die durch § 6 Abs. 2 AufwG. begünstigten Rechte, die beim Inkrafttreten des AufwG. einem Gläubiger zustanden, der sie innerhalb der Zeit vom 14. Febr. bis 1. Okt. 1924 erworben hatte, ihren Vorrang vor der $^{10}/_{100}$ Zusatzaufwertung des AufwG. auch dann behalten, wenn sie nach Inkrafttreten des AufwG. abgetreten werden (vgl. RGUrt. v. 5. Mai 1928: RG. 121, 128 ff. = JW. 1928, 1788[2] u. 2815[2] = AufwRspr. 1928, 425 Nr. 228; Beschl. des KG. v. 3. Juni 1926: JW. 1926, 2380; Beschl. des OLG. Dresden v. 20. Dez. 1928: AufwRspr. 1929, 283 Nr. 120; Quassowski, AufwG., 5. Aufl., § 6 Anm. I B 3 b S. 109 und in diesem Punkt auch Mügel in der Anm. zu jenem Beschl. des KG. sowie in Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl., § 6 AufwG. Anm. 14 S. 461). Das Ges. berücksichtigt insofern nur die Zeit bis zum Inkrafttreten der Zusatzaufwertung. Das gesetzgeberische Ziel war mit der Beseitigung der besonderen Schwierigkeiten erreicht, die darin lagen, daß weite Kreise schon Monate vor dem Erl. des Ges. mit einer Erhöhung des Aufwertungssatzes rechneten oder doch rechnen konnten. Die bei und mit dem Inkrafttreten des AufwG. bestehende Rangordnung ist endgültig. Ein nachträglicher Rangentzug würde den durch § 6 Abs. 2 AufwG. Begünstigten in einer Weise benachteiligen, die durch diese Best. gerade vermieden werden sollte (vgl. OLG. Dresden a. a. O.).

Die gegenteilige Ansicht des LG. beruht offenbar auf einem Mißverstehen der reichsgerichtlichen Entsch., das durch eine unvollständige Überschrift des Abdrucks in der JW. hervorgerufen worden ist. In dieser Überschrift fehlen die in der Überschrift zu dem erwähnten Beschl. des KG. enthaltenen Worte: Bei Abtretung ... nach dem 1. Okt. 1924, „aber vor dem Inkrafttreten des AufwG.", steht dem neuen Gläubiger ein Vorrang ... nicht zu. Das ergibt sich aus dem Inhalt des reichsgerichtlichen Urt., das den Beschl. des KG. über einen gleichliegenden Fall gerade nach der JW. zum Vergleich heranzieht. Im übrigen ist auch in jenem Urt., wenn auch nicht besonders deutlich, so doch wörtlich ausgesprochen, daß das fragliche Recht seinen Rang „behält", wenn die beiden Voraussetzungen — Erwerb des Rechts innerhalb der durch § 6 Abs. 2 AufwG. bestimmten Zeitspanne und Fortbestehen der Inhaberschaft dieses Erwerbers bei Inkrafttreten des AufwG. einmal erfüllt sind.

Es war demnach nur noch zu prüfen, ob der einmal erworbene Vorrang vor der Zusatzaufwertung etwa dadurch verlorengegangen ist, daß das durch ihn begünstigte Recht nach dem Inkrafttreten des AufwG. zeitweilig dem Eigentümer zustand.

Eine der beiden jetzt der Bekl. zustehenden Teilposten war vor dem Übergang auf die Bekl. kraft Gesetzes Eigentümergrundschuld geworden, wie sich aus dem Grundbuch ergibt. Ob Entsprechendes auch für die zweite Teilpost gilt, war nicht aus den Grundakten zu ersehen, konnte aber dahingestellt bleiben. Denn jene vom Kl. aufgeworfene Frage war zu verneinen.

Aus der Entstehungsgeschichte des AufwG. ist bekannt, daß man den in § 6 Abs. 2 gewährten Schutz des Vertrauens in die Beständigkeit der Gesetzgebung bei einem Rechtserwerb für entbehrlich hielt, der in die Zeit vom 1. Okt. 1924 bis zum Inkrafttreten des AufwG. fiel, weil damals auch der Laie kein Vertrauen mehr in die Fortgeltung des Aufwertungssatzes der 3. StNotVO. hätte haben können (s. RG. a. a. O.). Weiter hat sich in der Rspr. die Auffassung durchgesetzt, daß die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 AufwG. einer in der fraglichen Zeitspanne bis 1. Okt. 1924 begründeten, aber erst später in andere Hände gelangten Eigentümergrundschuld nicht zugute kommt, weil da kein Erwerb i. S. einer Wertverschiebung vorliegt, und weil auch ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Beständigkeit der Gesetzgebung für den Eigentümer gar nicht in Betracht kommt (Beschl. des RG.: JW. 1929, 3004). Unter diesen Umständen ist nicht zu verkennen, daß der Vorrang des § 6 Abs. 2 AufwG. in gewisser Hinsicht auf die Person des Begünstigten abgestellt ist. Das ist aber ohne Einfluß auf das dingliche Wesen des unter den gesetzlich festgelegten Voraussetzungen einmal rechtswirksam begründeten Vorrangs. Das Ges. macht das Fortbestehen dieses Vorrangs nicht von irgendwelchen weiteren Voraussetzungen abhängig, sondern bestimmt schlechthin, daß den fraglichen „Rechten" die Aufwertungshypothek mit 10% im Range nachgeht. Daraus geht hervor, daß dieser Vorrang ohne Einschränkung nur den allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen unterworfen ist und nicht etwa gegenüber dem Vorrang des BGB. ein Minderes darstellt. Die Ansicht des Kl. läuft auf eine mit der Dogmatik des Sachenrechts unvereinbare Rangverschiebung hinaus. Das würde zu einer völligen Erschütterung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs führen. Eine nachträgliche Rangentziehung ist mit den sachenrechtlichen Grundsätzen des Rechtserwerbs nicht in Einklang zu bringen. Eine Erörterung dieses hier fraglichen Falles ist bisher nicht bekannt geworden; jedoch findet nur die dem Kl. ungünstige Ansicht eine Stütze in der von ihm herangezogenen Entsch. des RG. v. 5. Mai 1928. Auch dort ist ausdrücklich gesagt, daß das Recht nach dem Inkrafttreten des AufwG. seinen in diesem Zeitpunkt erworbenen Rang „behält" (vgl. ferner Quassowski a. a. O.: Ist mit dem Inkrafttreten des AufwG. für ein Recht der Vorrang einmal begründet, so steht er auch dem späteren Erwerber zu). Eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Wegen des Erwerbs, wie sie der Kl. machen will, wird nicht gemacht. Ein Rangverlust ist demnach nicht eingetreten.

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Eigentümer im Einzelfall arglistig handeln würde, wenn er sich gegenüber dem Aufwertungsgläubiger auf die Vergünstigung des § 6 Abs. 2 AufwG. berufen würde. Die Bekl. ist seit Begr. der Hypothek niemals Eigentümerin des Grundstücks gewesen, sie hat die beiden Teilposten auf dem Wege über mehrere Zwischengläubiger durch Abtretung erhalten. Sie braucht sich daher keinesfalls den Einwand der Arglist entgegenhalten zu lassen, selbst wenn einer ihrer Rechtsvorgänger mit Rücksicht auf seine Eigenschaft als Grundstückseigentümer diesem Angriff ausgesetzt gewesen wäre. Es entspricht wiederum den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechts, daß die Geltendmachung der Arglist, wenn überhaupt, dann nur demjenigen gegenüber durchgreift, in dessen Person der Grund für die Annahme arglistigen Verhaltens gegeben war oder ist. Sie erzeugt nur schuldrechtlichen Einwand, hier aber nicht gegen die Bekl.

Die vom Kl. angegriffene Rangordnung, wie sie sich aus den Eintragungen des Grundbuchs ergibt, besteht nach alledem zu Recht.

(OLG. Breslau, 5. ZivSen., Urt. v. 21. Sept. 1934; 5 U 1758/34.)

Eingef. v. RA. Dr. Nawrocki, Breslau.

*

Celle

9. § 13 Ziff. 3 RAGebO. Ein unter Widerrufsvorbehalt geschlossener Vergleich bringt die Vergleichsgebühr des RA. nicht zur Entstehung. †)

Die Frage, ob die Gebühr des § 13 Ziff. 3 RAGebO. bei einem unter Vorbehalt des Widerrufs abgeschlossenen Vergleich verfallen ist, hat das OLG. Celle in mehrfachen Beschlüssen bejaht. Der erk. Sen. vermag an diesem Standpunkt jedoch nicht festzuhalten.

Wenn der Wortlaut des § 13 Ziff. 3 RAGebO. von einem „zur Beilegung des Rechtsstreits abgeschlossenen Vergleiche" spricht, so läßt sich daraus allerdings schwerlich entnehmen, daß nur Vergleiche gemeint seien, die tatsächlich die Beilegung des Rechtsstreits herbeigeführt haben. Der Vergleich muß vielmehr nur diesem Zwecke dienen. Von einem „abgeschlossenen" Vergleiche läßt sich aber, wenn in ihm ein Widerrufsvorbehalt vorgesehen ist, nicht sprechen; denn in Wahrheit ist ein solcher Vergleich, worauf das KG. (JW. 1934, 305) zutreffend hinweist, mindestens in sehr vielen Fällen, noch gar keine Einigung der Parteien, sondern nur ein Einigungsversuch. Er steht nicht einem auflösend bedingten Rechtsgeschäft gleich, obwohl sein Wortlaut darauf hinzudeuten scheint. Es entspricht mehr dem wahren Willen der Parteien, die Wirkung als an eine aufschiebende Bedingung geknüpft anzusehen, nämlich an die Unterlassung eines Widerrufs innerhalb der Widerrufsfrist. Erst dadurch tritt eine Bindung der Parteien ein. Der Vergleich ist demnach erst dann als „abgeschlossen" anzusehen, wenn die Widerrufsfrist ungenutzt verstrichen ist.

(OLG. Celle, 1. ZivSen., Beschl. v. 24. Nov. 1934, 1 W 1058/34.)

Ber. von RA. Dr. W. Hogrewe, Bremen.

*

Düsseldorf

10. § 1568 BGB. Selbstverschuldeter unheilbarer Morphinismus ist ein Scheidungsgrund.

Die Kl. hat zur Begr. der Scheidungsklage vorgetragen, der Bekl. habe sich im Jahre 1923 oder 1924 einer Operation unterzogen und zwecks Linderung seiner Schmerzen Morphiuminjektionen erhalten. In steigendem Maße sei der Bekl. dann dazu übergegangen, sich selbst Morphiumspritzen zu geben, und er sei jetzt in hohem Grade morphiumsüchtig. Dadurch habe er die Ehe vollkommen zerrüttet. Er arbeite nicht mehr, mache Schulden, und, um Geld für Morphium zu bekommen, versetze er alle Gegenstände, deren er habhaft werden könne, sogar ihre Schuhe und Kleidungsstücke. Im Jahre 1931 sei er einmal wegen Vergehens gegen das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln bestraft worden. Ferner habe er im Oktober 1933 auch einmal in einem Wutanfall darüber, daß er kein Geld für Morphium bekommen habe, mit einer Tasse nach ihr geworfen; dabei sei sie durch Splitter verletzt worden.

Das OLG. hat die Ehe geschieden.

Nach dem Gutachten des Oberarztes Dr. M. ist der Bekl. kein Psychopath mit mangelhaft entwickelter Kraft des Willens oder der Selbstzucht, sondern reiner Morphinist, der an sich heilbar gewesen wäre. Er hat sich schon fünfmal einer Entziehungskur in einer Heilanstalt unterzogen, ist dann aber immer wieder nach einiger Zeit rückfällig geworden. Nach der gutachtlichen Äußerung von Prof. Dr. S. ist bei ihm deshalb eine Sicherheit, daß er nicht wieder rückfällig wird, nicht gegeben. Die Tatsache, daß der Bekl. hiernach als unheilbar morphiumsüchtig angesehen werden muß, ist auf sein Verschulden zurückzuführen. Obwohl ihm die nötige Kraft des Willens und der Selbstzucht zur Verfügung stand, hat er sich von seiner Sucht zum Morphium nicht heilen lassen, sondern ist, wie sich ebenfalls aus dem Gutachten des Dr. M. ergibt, wiederholt vor Abschluß der Kur aus der Anstalt entwichen.

Daß durch die hochgradige Morphiumsucht des Bekl. die Ehe der Parteien unheilbar zerrüttet worden ist, bedarf keiner weiteren Ausführung, zumal der Bekl. offenbar auch die Angaben der Kl. im übrigen nicht bestreiten kann.

Danach sind die Voraussetzungen des § 1568 BGB. gegen den Bekl. gegeben.

(OLG. Düsseldorf, 8. ZivSen., Urt. v. 26. Nov. 1934, 8 U 453/34.)

Eingef. von RA. Dr. Ermisch, Düsseldorf.

*

11. Aufrechnung der Ansprüche von Siedlungsgenossenschaften gegenüber abgefundenen Kriegsbeschädigten mit der Kapitalabfindung ist unzulässig.

Der Kl. (Kriegsbeschädigter) beabsichtigt von der Bekl. (Siedlungsgenossenschaft) eine Heimstätte zu erwerben. Als Kaufpreis des Hauses waren 17 457,20 *RM* vorgesehen; hiervon sollten 13 914,37 *RM* an Hypotheken übernommen und der Rest in bar bezahlt werden. Der Kl. hat sich zu diesem Zwecke einen Teil seiner Militärrente, die er als Kriegsinvalide bezog, kapitalisieren lassen. Es wurden durch das HauptVersorgA. K. 3412,95 *RM* als Kapitalabfindung bewilligt mit der Abrede, daß sie zurückzuzahlen seien, wenn sie nicht bis zum 1. Okt. 1929 bestimmungsgemäß verwendet oder der Zweck vereitelt sei. Das Geld wurde an die Bekl. gezahlt. Der Kl. hat das Haus am 1. Jan. 1929 bezogen. Die Tätigung des notariellen Kaufaktes und die Eintragung des Kl. als Eigentümer sind jedoch unterblieben. Da der Kl. die Zins- und Tilgungsbeträge nicht vereinbarungsgemäß zahlte, wurde er am 2. April 1931 auf Grund eines von der Bekl. erwirkten Räumungsurteils aus der Wohnung exmittiert.

Der Kl. hat von der Bekl. Rückzahlung der Abfindungssumme verlangt, da er seinerseits vom HauptVersorgA. auf Rückzahlung in Anspruch genommen wurde.

Die Bekl. wurde verurteilt, Zug um Zug gegen Löschung der für das HauptVersorgA. K. bestellten Sicherungshypothek, an das HauptVersorgA. 3412,95 *RM* nebst 6 % Zinsen seit dem 5. Dez. 1932 zu zahlen.

Die vom HauptVersorgA. mit dem Kl. vereinbarte Bedingung, die Abfindungssumme an den Reichsfiskus zurückzuzahlen, wenn der Zweck der Kapitalabfindung, nämlich der Erwerb einer Heimstätte für den Kl. vereitelt werde, bindet nach Treu und Glauben auch die Bekl. Diese bestreitet allerdings, daß mit ihr eine derartige Bindung vereinbart worden sei, muß aber zugeben, daß ihr die vom HauptVersorgA. mit dem Kl. vereinbarte Bedingung bekannt gewesen sei. Die Bedingung hatte den Zweck, unter allen Umständen zu erreichen, daß das Kapital zum Erwerb einer Heimstätte durch den Kläger diente, und daß dem Kl. das Kapital nicht verloren gehen sollte, wenn es aus irgendwelchen Gründen nicht zum Erwerb einer Heimstätte kam. Wenn nun die Bekl. den Betrag, der für Rechnung des Kl. an diesen jedenfalls unter der Bedingung gezahlt wurde, annahm, so kann daraus nur gefolgert werden, daß auch unter den Parteien Einigkeit darüber bestand, daß der Bekl. verpflichtet sein sollte, das Kapital bei Eintritt der Bedingung zurückzuzahlen, und zwar ungekürzt durch etwaige Gegenforderungen; denn die Bekl. wußte, daß die Vereinbarung der Bedingung mit dem Kl. allein den Zweck, der mit der Kapitalabfindung erreicht werden sollte — Erwerb der Heimstätte —, nicht sicherstellen konnte, wenn sie — die Bekl. — die Zahlung vorbehaltlos erhielt, d. h., wenn der Kl. vorbehaltlos über den Betrag verfügen konnte.

Das ist auch Sinn und Zweck des § 78 RVersorgG., der gerade vermeiden will, daß Kriegsbeschädigte sich abfinden lassen und später aus irgendwelchen Gründen keine Heimstätte finden. Dieser Zweck, der auch den Vereinbarungen der Parteien zugrunde lag, schließt jede Aufrechnung mit Gegenforderungen der Beklagten oder auch nur Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes wegen dieser Gegenforderung aus.

(OLG. Düsseldorf, Urt. v. 4. Okt. 1934, 8 U 252/34.)

Ber. von RegR. Köster, Koblenz.

*

Zu 9. Vgl. hierzu die Entsch.: JW. 1930, 2809[24] (OLG. Stuttgart), JW. 1933, 1077 (OLG. Königsberg), JW. 1934, 305[1] (KG.), JW. 1934, 1370[4] (OLG. Dresden), JW. 1934, 2346[4] (KG.), JW. 1934, 3300[8] (OLG. Hamm) und den Aufsatz von Gaedeke: JW. 1934, 271, die keine Vergleichsgebühr zubilligen, sowie JW. 1934, 243[6] und 2174[9] (OLG. Kiel) und JW. 1934, 778[5] (OLG. Naumburg), die die Vergleichsgebühr geben.

Hamburg

12. § 153 ZwVerstG.; § 568 Abs. 3 ZPO. Die Entsch. des LG. über die Vergütung des Zwangsverwalters unterliegt nicht der weiteren Beschwerde.

Da unter Prozeßkosten die gesamten Kosten des Streitverfahrens zu verstehen sind, und da die Zwangsverwaltung eine Prozeßart i. S. der ZPO. ist (§ 869 ZPO.), so gehören die Ausgaben der Zwangsverwaltung, darunter auch die Vergütung des Zwangsverwalters, als Kosten des Zwangsverwaltungsverfahrens zu den Kosten des gesamten Streitverfahrens. Infolgedessen ist die Best. des § 568 Abs. 3 ZPO. hier anwendbar, nach welcher Entsch. der LG. in betreff der Prozeßkosten nicht der weiteren Beschw. unterliegen (vgl. OLG. Königsberg v. 24. April 1929: JW. 1929, 1676; OLG. Kassel v. 3. Mai 1929: JW. 1929, 2000; Stein-Jonas, ZPO. § 568 Bem. IV Fußnote 38). Die weitere Beschw. ist danach unzulässig.

(OLG. Hamburg, 1. ZivSen., Beschl. v. 4. Dez. 1934, Bs Z I 435/34.)

Ber. von Ass. Dr. H. Vogel, Hamburg.

*

Karlsruhe

13. § 22 Abs. 3 Teil 5 Kap. V NotVO. v. 6. Okt. 1931 begründet keine Nichtigkeit untertariflicher Beförderungsverträge im Güterfernverkehr. †)

Die Frage ist, ob sich Kl. mit der vereinbarten Vergütung für Lastkraftwagenfahrten begnügen muß oder Nachforderung deshalb erheben kann, weil er die höheren Tarifpreise hätte fordern müssen.

Die die Nachforderung bejahenden Gedankengänge stellen den § 22 III auf gleiche Stufe mit § 1 TarVertrVO. v. 1. März 1928. Doch sind beide Vorschr. grundverschieden: § 22 III enthält das Verbot an den Kraftwagenunternehmer, Beförderungsverträge untertariflich abzuschließen; § 1 die Norm, daß Arbeitsverträge unter Tarif unwirksam sind und automatisch durch die entsprechende Bestimmung des TarVertr. ersetzt werden. § 1 hat den Schutz des Arbeitnehmers vor Ausbeutung im Auge. § 22 III bezweckt nur die Erhaltung der Konkurrenzfähigkeit der Reichsbahn. Dementsprechend hat die NotVO. weder Nichtigkeit untertariflicher Beförderungsverträge noch die automatische Preisersetzung normiert. Daraus folgt, daß der zwischen Parteien geschlossene Vertrag nicht aus § 134 BGB. nichtig ist, weil eben „aus dem Gesetz ein anderes sich ergibt". Der Ausnahmefall der bewußten Mitwirkung des andern Teils (vgl. RG.: JW. 1931, 2088) liegt nicht vor, weil keinem Vergeber solcher Transporte zuzumuten ist, sich darum zu kümmern, ob der andere sie ihm nicht etwa billiger ausführte, als er durfte. Von einer Unsittlichkeit des Vertragsverhältnisses (§ 138 BGB.) kann überhaupt keine Rede sein. Auf die Frage der etwaigen Ersetzung der Preisvereinbarung durch den Reichskraftwagentarif als „Taxe" gem. § 632 BGB., sowie des Verzichts durch Annahme der vereinbarten Beträge auf höheren Entgelt kommt es hiernach nicht mehr an. Doch ist heute selbst im Recht der TarVertrVO. die Anerkennung nachträglichen Verzichts auf den Tariflohn durch ganz freiwillige, widerspruchslose Annahme der untertariflichen Vergütung bereits allgemein Rechtens. Auch die unterschiedlichen Zeiten (ob vor oder nach Genehmigung der Fahrten, vor oder nach Inkrafttreten des Tarifs v. 9. Febr. 1932) sind belanglos. Kl. hat somit kein Nachforderungsrecht.

(OLG. Karlsruhe, 1. ZivSen., Urt. v. 10. April 1934, ZBR. 285/33.)

Ber. von AGR. i. R. Dr. Wolff-Williger, Freiburg i. Br.

*

Kiel

14. §§ 141, 445 ZPO.; § 13 Ziff. 4 RAGebO. Für die Frage, ob die Parteivernehmung die Beweisgebühr begründet, kommt es nur darauf an, was sachlich gewollt und geschehen ist.

Nicht jede Anhörung der Parteien ist eine Beweisaufnahme i. S. des § 445 ZPO. Es ist vielmehr in jedem Falle zu ermitteln, ob die Anhörung der Parteien lediglich der Aufklärung ungenügenden oder unklaren Vorbringens diente, oder ob sie zum Zwecke des Beweises bestimmter streitiger Behauptungen geschah. Es kann für die Frage, ob es sich um eine Anhörung gem. § 141 ZPO. oder um eine Beweiserhebung gem. § 445 ZPO handelt, immer nur darauf ankommen, was sachlich gewollt und geschehen ist. Aus der Form der Anordnung und ihrer Bezeichnung allein kann jedenfalls nicht geschlossen werden, daß nur eine Beweiserhebung beabsichtigt gewesen sein kann.

(OLG Kiel, 2. ZivSen., Beschl. v. 21. Aug. 1934, 2 a W 103, 106/34.)

*

Köln

15. § 15 GenG. Die Beitrittserklärung zu einer Genossenschaft verliert ihre Wirkung nicht dadurch, daß der Vorstand sie erst nach längerer Zeit dem Registergericht einreicht. †)

Der Bekl. erklärte am 22. Aug. 1923 schriftlich seinen Beitritt zur Kl. Diese reichte die Beitrittserklärung erst nach etwa fünf Monaten dem AG. ein, worauf der Bekl. am 11. Febr. 1924 in die Genossenliste eingetragen wurde. Mit der Klage wird

---

Zu 13. Die Entsch. ist richtig.

Der § 22 Abs. 3 Teil 5 Kap. V NotVO. v. 6. Okt. 1931 und § 1 TarVertrVO. v. 1. März 1928 können überhaupt nicht miteinander verglichen werden. Sie sind nach Wortlaut und Zweck grundverschieden: § 1 bestimmt ausdrücklich, daß Arbeitsverträge insoweit unwirksam sind, als sie von der tariflichen Regelung abweichen, und daß an die Stelle unwirksamer Vereinbarungen die entsprechenden Bestimmungen des TarVertr. treten. § 22 Abs. 3 verbietet dem Unternehmer den Abschluß von Beförderungsverträgen zu einem geringeren als dem von dem Reichsverkehrsminister festgesetzten Preise, ohne etwas darüber zu sagen, ob ein entgegen diesem Verbot abgeschlossener Vertrag nichtig ist oder nicht. § 1 schützt den Arbeitnehmer vor Ausbeutung und verschafft ihm den ihm gebührenden Lohn. § 22 Abs. 3 schützt, wie § 22 Abs. 1 selbst betont, die Reichsbahn vor der wilden Konkurrenz des Kraftwagens; er will niemand das ihm gebührende Entgelt verschaffen.

Die Lösung der Kernfrage der Entsch. kann nur aus § 134 BGB. gefunden werden. Hier ist bestimmt, daß ein entgegen einem gesetzlichen Verbot geschlossener Vertrag dann nicht nichtig ist, wenn sich aus dem Gesetzeswortlaut oder dem Gesetzeswillen ergibt, daß der Gesetzgeber keine Nichtigkeit gewollt hat.

Die Nichtigkeit eines entgegen dem Verbot des § 22 Abs. 3 abgeschlossenen Beförderungsvertrages kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Einmal hat er die Folgen der Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 22 Abs. 3 in den §§ 24 u. 26 Ziff. 1 u. 3 derart eingehend geregelt, daß anzunehmen ist, daß eine gewollte Nichtigkeit im Gesetz ebenfalls normiert worden wäre. Sodann ist zu beachten, daß die Annahme der Nichtigkeit und Bejahung des Nachforderungsrechtes die Wirkung des Gesetzes abschwächen würde; denn es wäre dann den Unternehmern von Personenkraftfahrlinien und Güterfernverkehr die Möglichkeit geboten, durch untertarifliche Beförderungspreise Kunden an sich zu ziehen, dann das Nachforderungsrecht geltend zu machen und so gegebenenfalls die Bestrafung zu mildern.

So folgt aus dem Wortlaut und Willen des Gesetzes, daß untertarifliche Beförderungsverträge im Güterfernverkehr rechtswirksam sind.

Dr. Artur Müller, Ludwigshafen (Rh.).

Zu 15. Die in zahlreichen RGEntsch. und auch hier wieder vorgetragene Behauptung, daß eine Verwirkung von Ansprüchen nur im Aufwertungsrecht und in einigen Sondergebieten von der Rspr. anerkannt sei, entspricht nicht der tatsächlichen Rechtslage. Siebert („Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung", Nr. 72 der Arb. z. Hand., Gew. u. Landwirtsch. Recht, hrsg. von Heymann) stellt (S. 3) auf Grund zahlreicher Belege zutreffend fest, daß „die Verwirkung von der Rspr. heute im ganzen Gebiet des Privatrechts angewandt wird". Solche Einschränkungen der Verwirkungslehre haben zumeist einen rein gefühlsmäßigen Hintergrund: Man empfindet es in diesem oder jenem Einzelfall als unbillig, einen geltendgemachten Anspruch als verwirkt anzusehen. Auf die Dauer wird aber die Rspr. mit gefühlsmäßigen Erwägungen und mit reiner Kasuistik nicht durchzukommen vermögen. Das RG. wird sich zu einer grundsätzlichen Stellungnahme hinsichtlich der die Verwirkung tragenden Rechtsgrundlage entschließen müssen, wenn sich dieses Rechtsinstitut nicht zu einer Gefahr für die Rechtsordnung auswachsen soll.

Welche Begr. für die nun einmal aus unserem Rechtsleben nicht mehr wegzudenkende, vielfach auch unentbehrliche Berufung auf Verwirkung die beste Lösung darstellt, kann in diesem Zusammenhang nicht ausführlich erörtert werden. Siebert (a. a. O. S. 172 ff.) sieht in der illoyal verspäteten Verfolgung des Anspruchs einen Anwendungsfall unzulässiger Rechtsausübung und stützt sich in der Hauptsache auf § 242 BGB. Aber da weder der Zeitablauf als die eine Voraussetzung noch die „besonderen Umstände" als weiteres Erfordernis sich genauer bestimmen lassen, so würde es damit im wesentlichen bei der bisherigen unsicheren Kasuistik verbleiben, wenngleich wenigstens die Rechtsfolgen der Verwirkung sich so genauer umgrenzen lassen, seine Lehre also in dieser Hinsicht einen Fortschritt darstellt. Ich selbst neige dazu, den besonders von Krause (Schweigen im Rechtsverkehr, Heft 67 d. Arb. z. Hand., Gew. und Landw. Recht) verfolgten Gedanken der Verschweigung, zumal er an bewährte altdeutsche Rechtseinrichtung anknüpft, den Vorrang zu geben. Was Siebert hieran als Mangel bezeichnet (S. 182), daß hiernach ohne das Erfordernis des Verschuldens auf der Seite des Berech-

eine Einzahlung auf den gemäß Beschluß der GenVers. erhöhten Geschäftsanteil verlangt.

LG. hat abgewiesen, OLG. verurteilt.

Die Kl. gründet ihren Anspruch auf § 15 GenG. Nach dieser Vorschr. ist zur Entstehung der Mitgliedschaft die Einreichung einer schriftlichen Beitrittserklärung seitens des Vorstandes an das Registergericht und die Eintragung des Beitretenden in die Genossenliste erforderlich und genügend. Für die Frage der Mitgliedschaft ist es daher unerheblich, ob dem Genossen die erfolgte Eintragung vom Gericht mitgeteilt wird, da diese Vorschr. nur eine Ordnungsvorschrift darstellt (Parisius-Crüger, GenG., 12. Aufl., Anm. 26 zu § 15). Auch bedarf es nicht noch eines besonderen zwischen dem beitretenden Genossen und der Genossenschaft geschlossenen Aufnahmevertrages. Die Beitrittserklärung ist wirksam, wenn in ihr der Wille, der Genossenschaft beizutreten, erkennbaren Ausdruck findet, sie muß mit Wissen und Willen des Beitretenden in den Besitz des Vorstandes gelangt sein. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Nach Lage der Dinge ist anzunehmen, daß die Beitrittserklärung unmittelbar nach dem 22. Aug. 1923 in die Hände des Vorstandes gelangt ist. Der Ansicht des Vorderrichters, eine wirksame Beitrittserklärung habe zur Zeit der Eintragung nicht mehr bestanden, kann nicht zugestimmt werden. Es kommt zunächst nicht darauf an, ob zur Zeit der Eintragung der Wille des Beitretenden beizutreten noch besteht, sondern lediglich, wie bereits betont, ob dieser Wille sich aus der Beitrittserklärung ergibt (vgl. Parisius-Crüger § 15 Anm. 16; RG. 68, 348 [1]; 141, 181 [2]). Aus dem eigenen Vortrag des Bekl. ergibt sich zudem, daß dieser den Willen, Mitglied zu werden, auch noch zur Zeit der Eintragung besaß. (Wird ausgeführt.)

In der Rspr. (vgl. DRZ. 28, 372; JW. 1929, 673 [KG.]) wird verschiedentlich die Ansicht vertreten, die Beitrittserklärung verliere ihre Wirkung, wenn von ihr nicht innerhalb eines den Umständen nach angemessenen Zeitraumes Gebrauch gemacht werde. Die Begr. hierfür ist eine verschiedene. Entweder nimmt man an, daß der Beitritt durch Zeitablauf verwirkt sei, oder man unterstellt, daß die Genossenschaft, wenn sie der Beitrittserklärung zunächst keine Folge gibt, hierdurch die Ablehnung des Aufnahmegesuchs zum Ausdruck bringe.

Abgesehen davon, daß in den betr. Entsch. zwischen der Beitrittserklärung und der Eintragung ein weit größerer Zeitraum lag als im vorl. Falle — vier und zweieinhalb Jahre — ist diese Rechtsansicht, die mit der h. L. in Widerspruch steht (vgl. Parisius-Crüger a. a. O.: RG. 68, 348 [3]) grundsätzlich nicht zu billigen. Eine Verwirkung von Ansprüchen gibt es nach h. L. (RG. 135, 376 [4]; Deutsche Justiz 1934, 680) nur im Aufwertungsrecht und einigen Sondergebieten. Da die Verwirkung ein außerordentlicher Rechtsbegriff ist, verbietet sich eine ausdehnende Anwendung. Aus einer nicht unverzüglichen Einreichung den Schluß ziehen zu wollen, es liege eine Ablehnung vor, geht nicht an. Das Gesetz hat für die Einreichung eine Frist nicht bestimmt. Wenn diese auch unverzüglich erfolgen soll, so darf, wenn dies aus irgendwelchen Gründen versäumt wird, nun nicht gefolgert werden, die Genossenschaft lehne die Aufnahme ab. Denn man würde der Genossenschaft hiermit einen Willen unterstellen, den sie gar nicht gehabt und nicht zum Ausdruck hat bringen wollen, da jede Genossenschaft naturgemäß bestrebt ist, sich einen möglichst großen Mitgliederbestand zu verschaffen. Vorliegend kann von einer Ablehnung der Aufnahme, selbst wenn man mit Ruth (JW. 1934, 2106) entgegen der h. L. in der Aufnahme den Schwerpunkt des Mitgliedschaftserwerbs sehen wollte, seitens der Kl. überhaupt keine Rede sein. Der Bekl. hatte nämlich nicht nur seine Beitrittserklärung bei der Kl. abgegeben, sondern er hatte auch gleichzeitig seinen Geschäftsanteil bezahlt. Zu keiner Zeit hat die Kl. bis zur Einreichung der Beitrittserklärung dem Bekl. den Geschäftsanteil wieder gutgebracht, was sie doch zweifellos getan hätte, wenn sie die Aufnahme des Bekl. hätte ablehnen wollen. Wenn sie nun in Anbetracht der wirtschaftlichen Verhältnisse, die, wie gerichtsbekannt ist, zum mindesten in der zweiten Hälfte des Jahres 1923 eine Überlastung aller Bankinstitute und damit auch der Kl. zur Folge hatten, die Weitergabe der Beitrittserklärung an das AG. verzögerte, so ist daraus nach der Sachlage nicht der Schluß gerechtfertigt, die Kl. habe die Aufnahme des Bekl. abgelehnt.

Die Beitrittserklärung wird zudem nicht nur gegenüber der Genossenschaft abgegeben, sondern ist dazu bestimmt, Mitglied einer in das Verkehrsleben tretenden oder getretenen Körperschaft zu werden. Auf Grund der Beitrittserklärung erfolgt die Eintragung in die Genossenliste. Mit der Eintragung steht zwar nicht fest, daß der Eingetragene Mitglied geworden ist, da das Genossenschaftsregister und die Liste keinen öffentlichen Glauben wie das Grundbuch genießen. Wohl aber schafft die Eintragung eine starke Vermutung für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen. Die Zuverlässigkeit des Registers würde aber leiden, wenn man nachträglich die ordnungsmäßig erfolgte Eintragung auf Grund materieller Mängel — von hier nicht vorl. Ausnahmen abgesehen — beseitigen könnte. Das würde zu einem unbilligen Ergebnis führen, namentlich für die Gläubiger, die im Vertrauen auf die Richtigkeit des Registers in geschäftliche Beziehungen zu der Genossenschaft getreten sind, zumal wenn diese — wie die Kl. — in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten ist.

(OLG. Köln, Urt. v. 28. Nov. 1934, 1 U 220/34.)

Ber. von RA. Dr. Ludwig Heydt, Köln.

*

Naumburg

16. § 49a MietSchG. Bei Mietwucher kann der Mieter die für die Vergangenheit zuviel gezahlten Beträge nicht zurückfordern und mit ihnen nicht aufrechnen, wenn er den Wucher erkannte.

Wie das RG. in seiner Entsch. v. 22. Jan. 1934, IV 354/33,

---

tigten nicht auszukommen ist, und daß deshalb das Vertrauen des Rechtsgegners auf die Unterlassung der Geltendmachung nicht als genügende Voraussetzung betrachtet und nicht geschützt werden kann, ist kein allzu schwerwiegendes Bedenken. Man muß sich nur — was Siebert nicht tut — dazu entschließen, dem wohl erworbenen „Besitzstand" eine selbständige Rolle als Erwerbstatbestand einzuräumen und ihn aus seiner Unterordnung unter die Tatbestandsvoraussetzungen der Verwirkung zu befreien. Man muß ferner auch der Haftung aus veranlaßtem (nicht bloß: aus verschuldetem) Rechtsschein stärkere Berücksichtigung angedeihen lassen. Dann wird man stets zu das Rechtsgefühl völlig befriedigenden Ergebnissen kommen, ohne den § 242 allzu stark bemühen zu müssen.

Noch ein weiteres tut aber not, um die Gefahr zu großer Ausweitung der Verwirkungslehre zu beseitigen. Man muß sich darüber klar sein, daß dieser Gedanke überhaupt nur für Ansprüche und Gestaltungsrechte des Individualrechts verwendbar ist. Im Sozialrecht ist er dagegen ganz unbrauchbar (a. M. Siebert a. a. O. S. 226 ff.). Denn hier stehen niemals die Rechtsbeziehungen der zwei oder mehreren unmittelbar beteiligten Personen — insbes. also Mitglied und Körperschaft als juristischer Person — allein in Frage, sondern es ist stets mit über diesen Personenkreis hinausgehenden Wirkungen zu rechnen. Aus diesem Grund habe ich schon früher (JW. 1934, 2869 Anm.) die Berufung auf die Verwirkung im Körperschaftsrecht als nicht durchschlagend bezeichnet. Das Mitgliedschaftsrecht als solches kann nicht verwirkt werden. Ansprüche, die daraus erwachsen, sind der Verwirkung nur soweit zugänglich, als sie die Beziehung zu dem sozialrechtlichen Grundverhältnis eingebüßt haben, zu reinen Gläubigeransprüchen geworden sind. Das ist z. B. für den festgestellten Anspruch des Mitglieds auf Dividende der Fall, niemals aber für Beitragsforderungen und in der Regel auch überhaupt nicht für Forderungen der Genossenschaft selbst, da deren Verlust nicht nur das Vermögen der Genossenschaft, sondern mittelbar auch das Vermögen der Mitglieder und der Gläubiger berühren würde.

Im vorl. Fall wird mit der Berufung auf Verwirkung nicht eigentlich der geltendgemachte Zahlungsanspruch, sondern vielmehr das Mitgliedschaftsverhältnis selbst angegriffen. Genau genommen ist es das der Genossenschaft durch die gültige Beitrittserklärung erwachsene Gestaltungsrecht der Aufnahme als der eigentlichen die Mitgliederstellung neben dem Formalakt der Eintragung bewirkenden Erklärung, das der Genossenschaft als verwirkt abgesprochen werden soll. Dieses Gestaltungsrecht ist aber, obwohl der Betroffene vor dessen Ausübung noch nicht Mitglied ist, bereits sozialrechtlich gebunden. Der Beigetretene hat sich insoweit schon dem Körperschaftswillen unterstellt. Verwirkt kann es daher nicht mehr werden. Die Lösung des Beigetretenen aus seiner Verstrickung kann nur noch durch Ablehnung der Aufnahme erfolgen. Daß eine solche hier nicht vorlag, hat das OLG. zutreffend festgestellt. Diese Begr. trug die Entsch. vollauf. Der Hinweis auf die Zuverlässigkeit des Registers bzw. den „öffentlichen Glauben der Liste der Genossen" — eine Ansicht, gegen die ich JW. 1934, 2106 mich eingehend gewandt habe, war nicht notwendig und ist lediglich geeignet, den Blick zu verwirren. Wenn noch eine Stütze für den Fall, daß doch noch Zweifel an der Erlangung der Mitgliederstellung bestehen könnten, erforderlich war, so wäre es besser gewesen, auf die Haftung des Beigetretenen für den von ihm veranlaßten Rechtsschein (vgl. meine Ausführungen a. a. O. S. 2109) zu verweisen.

Prof Dr. Ruth, Halle a. d. Saale.

---

[1]) JW. 1908, 498. [2]) JW. 1933, 2515. [3]) JW. 1908, 498.
[4]) JW. 1932, 2972 (vgl. RG. 144, 22 = JW. 1934, 1849 [1]).

ausgeführt hat, ist die Best. des § 49a MietSchG. in der Öffentlichkeit schon seit langem derart bekannt, daß bei erfahrenen Geschäftsleuten ihre Kenntnis vorausgesetzt werden kann. Zum mindestens kann von ihnen erwartet werden, daß sie sich in Zweifelsfällen bei einem Rechtskundigen rechtzeitig unterrichten lassen. Hatte also die Bekl. bei Abschluß des neuen Vertrages im November 1931 Bedenken wegen der Höhe des Mietzinses, so hätte sie die Verpflichtung gehabt, der Frage, ob etwa Mietwucher vorlag, nachzugehen und sie notfalls nachprüfen zu lassen. Tat sie das nicht, vereinbarte und zahlte sie vielmehr die zu hohe Miete in Kenntnis dieser Tatsache, so muß der zur Aufrechnung herangezogene Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung des Kl. an der Best. des § 814 BGB. scheitern. Denn die Bekl. hat die Mehrleistung vorgenommen, obwohl sie wußte, daß sie zu der Mehrleistung nicht verpflichtet war. Der zuviel gezahlte Mietzins kann dann nicht zurückgefordert und deshalb auch nicht zur Aufrechnung gestellt werden (RG. v. 22. Jan. 1934, IV 354/33). Das LG. will in diesem Falle die Best. des § 817 BGB. anwenden. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Bei § 817 BGB. ist erforderlich, daß der unmittelbare Zweck, der mit der Leistung verfolgt wird, ein solcher ist, der einen Verstoß des Empfängers gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten enthält. Das bloße Mitwirken unsittlicher Beweggründe genügt nicht (RG. 144, 25[1]). Der unmittelbare Zweck der Zahlung der Bekl. war aber die Begleichung ihrer Mietzinsschuld und nicht ein Verstoß gegen § 49a MietSchG. Deshalb kann nicht die Best. des § 817, sondern nur die des § 814 BGB. in Frage kommen.

Hat die Bekl. aber bei ihren Zahlungen keine Kenntnis von dem wucherischen Charakter des von ihr gezahlten, zu hohen Mietzinses gehabt, was nach ihrer eigenen Darstellung nicht sehr wahrscheinlich ist, so kann sie doch auch in diesem Falle nicht aufrechnen, weil sie den ihr sonst zustehenden Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung des Kl. verwirkt hat. Der Grundsatz der Verwirkung für die Rückforderung des über die Grenze des Angemessenen hinaus gezahlten Teiles des Mietzinses nach § 49a MietSchG. ist vom RG. zuletzt noch in seiner Entsch. v. 22. Jan. 1934, IV 354/33, anerkannt worden. Zwar hat demgegenüber der 7. ZivSen. des RG. in der Entsch. v. 17. April 1934: JW. 1934, 1849, ausgeführt, daß einer Verallgemeinerung der Grundsätze über die Verwirkung scharf entgegengetreten werden müsse. Der erk. Sen. steht aber nach wie vor mit der Entsch. des 4. ZivSen. v. 22. Jan. 1934 auf dem Standpunkt, daß auch dem Anspruch auf Zurückzahlung von zuviel gezahlten, wucherischen Mietszinsen die Einrede der Verwirkung entgegengesetzt werden kann. Zu verweisen ist insoweit noch auf die durchaus zutreffenden Ausführungen von Siebert: JW. 1934, 1829, in denen er die gegen die Begr. des Urt. des 7. ZivSen. v. 14. April 1934 bestehenden Bedenken eingehend gewürdigt hat.

Die Zurückforderung des zuviel gezahlten Mietzinses ist deshalb dann nicht mehr möglich und dementsprechend auch nicht die Aufrechnung mit diesem Betrage, wenn sie nach den ganzen Umständen des Falles gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Das ist aber nach der Ansicht des Senats vorliegend der Fall.

Die Bekl. hat nicht erst seit 1931, sondern bereits seit 1925 bzw. 1929 den hohen wucherischen Mietpreis gezahlt, ohne daß sie sich ernstlich um eine Herabsetzung des Mietzinses bemüht hätte. Sie hat auch, als der neue Hauseigentümer, der Kl., an sie herantrat, um den Mietvertrag vom Nov. 1931 mit ihr abzuschließen, keine Ermäßigung der Miete verlangt. Daraus ergibt sich, daß sie den Mietpreis unter Berücksichtigung aller Verhältnisse nicht für untragbar gehalten haben kann. Sie hat auch nach Abschluß des Mietvertrages vom Nov. 1931 jedenfalls dem Kläger selbst gegenüber die Höhe des Mietzinses nicht beanstandet. Der Kl. konnte und mußte daher davon ausgehen, daß ihm der Mietzins, so wie er bezahlt wurde, in voller Höhe als ordnungsmäßiger Mietzins gezahlt wurde. Mit Rückforderungsansprüchen der Bekl. brauchte er nicht zu rechnen, dies um so weniger, als in dem gesamten Schriftwechsel zwischen den Parteien die Bekl. bis zum März 1933 immer nur um Rücksichtnahme auf ihre Zahlungsschwierigkeiten und um Fristgewährungen gebeten hat. Erst mit Schreiben vom 16. März 1933 hat sie um Herabsetzung der Miete auf 350 RM monatlich gebeten. Nach der vertröstenden Antwort des Kl. ist sie dann aber nicht weiter vorstellig geworden. Erst, nachdem sie einen anderen ihr passenden Laden gefunden hatte, hat sie gekündigt und ist dann die Miete für die noch ausstehende Mietszeit schuldig geblieben, um mit dem früher zuviel gezahlten Beträgen aufzurechnen. Dieses Verhalten der Bekl. kann nicht gebilligt werden und verstößt nach Ansicht des Senats gegen Treu und Glauben. Seit 1925 bzw. 1929 hat die Bekl., ohne ernstliche Beanstandungen zu erheben, den Mietzins bezahlt. Sie hat 1931, obwohl damals die rückläufige Wirtschaftsentwicklung schon klar zu erkennen war, den Mietzins in der alten Höhe neu bestätigt und die Zahlungen ohne Widerspruch geleistet. Der Kl. hatte deshalb keine Veranlassung, damit zu rechnen, daß diese Zahlungen von der Bekl. später mal angegriffen würden. Er könnte sich vielmehr darauf verlassen, daß die Zahlungen endgültig sein sollten. Damit hat die Bekl. aber ihr Aufrechnungsrecht verwirkt, wenn es nicht schon wegen der Zahlung trotz Kenntnis von der Wucherhaftigkeit des Mietzinses nach § 814 BGB. ausgeschlossen ist. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung mit dem die Bekl. gegen die Forderung des Kl. aufrechnen könnte, steht ihr also in keinem Falle zu.

(OLG. Naumburg, Urt. v. 12. Nov. 1934, 1 U 104/34.)

Ber. von RA. Huckemann, Naumburg a. S.

[1]) JW. 1934, 1114[6].

Landgerichte

Altona

Zivilsachen

1. § 691 ZPO. Eine gemäß § 691 ZPO. den Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls zurückweisende Verfügung ist anfechtbar, wenn die Zurückweisung nur wegen Unbegründetheit der mitgeforderten Vertretungskosten erfolgt ist.

Nach § 691 Abs. 3 ZPO. sind Verfügungen, durch welche Gesuche um Erlaß des Zahlungsbefehls zurückgewiesen werden, der Anfechtung entzogen. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos (a. A. Stein-Jonas, 15. Aufl., Anm. IV zu § 691 ZPO.). Die in der Rspr. vorwiegende Meinung (vgl. OLG. Celle: OLG. 39, 66) bezieht nämlich den § 691 a. a. O. nur auf den Fall, daß der Hauptanspruch ganz oder teilweise als unberechtigt angesehen wird (so auch Foerster-Kann, 3. Aufl., N. 2b zu § 691 ZPO.; Sydow-Busch-Krantz, 20. Aufl., N. 2 zu § 691 ZPO.). Demgemäß wird denn auch die Beschw. für statthaft erachtet, wenn — wie hier — die Ablehnung der Erlassung des Zahlungsbefehls nur erfolgte, weil die mitgeforderte Vergütung des Vertreters unbegründet erschien (vgl. OLG. Köln: OLG. 29, 150; Sydow-Busch-Krantz a. a. O., N. 5 zu § 691; a. A. OLG. Hamburg: LZ. 20, 902). Die Zulässigkeit der Beschw. ist also im vorl. Falle zu bejahen. Auch sachlich ist ihr der Erfolg nicht zu versagen. Denn in Übereinstimmung mit den angeführten Erkenntnissen ist die Kammer der Ansicht, daß die vermeintliche Unbegründetheit der beanspruchten Vertretervergütung lediglich zur Absetzung des Vergütungsbetrages hätte führen können, nicht aber die Ablehnung des nachgesuchten Zahlungsbefehls im Ganzen rechtfertigte (vgl. Stein-Jonas a. a. O., Anm. II, 2 zu § 692, sowie die dort zitierten Entsch. des KG. und des LG. I Berlin). Diese Ablehnung bedeutet vielmehr einen Verfahrensverstoß, der zur Aufhebung der angefochtenen Vfg. und zur Zurückverweisung der Sache an das AG. zwecks anderweitiger Entsch. führen muß.

(LG. Altona, 7. ZK., Beschl. v. 28. Nov. 1934, 7 T 1451/34.)

Ber. von LGR. Schumacher, Altona.

*

Berlin

2. § 13 Abs. 1 DevVO. v. 23. Mai 1932; § 8 der 4. Durchf.-VO. zur DevVO. v. 9. Mai 1933; § 917 ZPO. Der Erlaß des dinglichen Arrestes in das inländische Vermögen eines devisenrechtlichen Ausländers zugunsten eines anderen devisenrechtlichen Ausländers ist ohne Devisengenehmigung unzulässig. †)

(LG. Berlin, Beschl. v. 3. Juli 1934, 241 T 9613/34.)

Abgedr. JW. 1934, 2503[4].

*

Zu 2. A. Anm. Brandt, ebenda.

B. Die Frage: Ist die Belastung eines im Inland belegenen Grundstücks durch den ausländischen Grundstückseigentümer zugunsten eines anderen Ausländers genehmigungspflichtig? erschien bisher in verneinendem Sinne hinreichend geklärt. Das Schrifttum (vgl. Lion-Hartenstein zu § 13 Bem. 7 u. 38; Thiele: JW. 1932, 2237; Sternberg in „Das Devisennotrecht in Rechtspflege und Wirtschaft" S. 30) vertrat einhellig die Auffassung, daß die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld durch den ausländischen Eigentümer eines inländischen Grundstücks keiner Genehmigung bedürfe, da die Verfügung über das Grundeigentum genehmigungsfrei sei und die Krediteinräumung durch einen Ausländer auch mit Hilfe inländischer Vermögenswerte durch die Devisengesetzgebung nicht beschränkt werde. Die Devisenstellen standen ebenfalls auf dem Standpunkt, daß sich das Krediteinräumungsverbot des § 13 Abs. 1 DevVO. dem Sinne nach nur gegen Inländer richte, und daß es nicht ihre Aufgabe sei

3. § 184 BGB.; § 233 ZPO. Der neue Vormund kann nicht ein von dem Mündel persönlich eingelegtes Rechtsmittel nach Ablauf der Beschwerdefrist genehmigen, wenn das Mündel z. Z. durch einen Vormund vertreten war.

Der § 184 BGB. gilt im Prozeßverfahren nicht uneingeschränkt. Zwar wirkt auch in diesem die Genehmigung grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme der Prozeßhandlung zurück (Sydow-Busch, Anm. 10 zu § 89 ZPO.). Dies kann jedoch nicht dann gelten, wenn es sich um die Wahrung von Notfristen handelt und — wie hier — die Beschwerdefrist bereits im Zeitpunkt der Bestellung des neuen Vormundes und der Genehmigung durch diesen verstrichen war. Nur dann könnte etwas anderes gelten, wenn die Schuldnerin bisher nicht nach der Vorschr. der Gesetze vertreten gewesen wäre. Im vorl. Fall war ihr aber jeweils ein Vormund bestellt. Es wäre die Aufgabe des bisherigen Vormundes gewesen, fristgerecht Zuschlagsbeschwerde einzulegen, wenn er sich Erfolg davon versprach. Die Genehmigungserklärung des jetzigen Vormundes kann daher nur als eine erst am 7. Sept. gegen den am 4. Aug. wirksam zugestellten Zuschlagsbeschluß eingelegte sofortige Beschw. angesehen werden, die als unzulässig zu verwerfen war, da sie verspätet einging.

Das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war abzulehnen. Die Schuldnerin war durch ihren bisherigen Vormund ordnungsmäßig vertreten. Wenn dieser es nach Lage der Sache und nach seinem pflichtmäßigen Ermessen für zwecklos hielt, Beschw. einzulegen, so stellt diese Nichteinlegung keinen unabwendbaren Zufall i. S. des § 233 ZPO. dar. Dies würde selbst dann nicht gelten, wenn die Nichteinlegung der Beschw. als schuldhafte Unterlassung des Vormundes anzusehen wäre (§ 232 Abs. 2 ZPO.). Zu einer solchen Annahme besteht übrigens keine Veranlassung, da die Zuschlagsbeschwerde in der Tat unbegründet gewesen wäre.

(LG. Berlin, 1. ZK., Beschl. v. 22. Sept. 1934, 201 T [illegible] /34.)
Ber. von LGR. Dr. Seibert, Berlin.

*

4. § 59 Abs. 2 RAGebO. Für die Rechtsanwaltsgebühren im Konkursverfahren ist der Nennwert der gesamten Forderungen des Gläubigers maßgebend, auch wenn der Konkursantrag nur auf einen Teilbetrag gestützt war.

Gem. § 59 II RAGebO. ist für Berechnung der Gebühr, die der RA. für die Stellung des Antrages eines Gläubigers auf Eröffnung des Konkursverfahrens erhält, der Nennwert der Forderung zugrunde zu legen. Die Rechtslehre ist auch einhellig der Meinung, daß Zinsen und Kosten der Forderung hinzuzuziehen sind.

Daß in dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses nur ein Teil der Gesamtforderung erwähnt ist, ist belanglos. Maßgebend ist der Nennbetrag der Gesamtforderung. Für die Berechnung der Gerichtsgebühren ist dies allgemein anerkannt, für die Anwaltsgebühren muß aber dasselbe gelten.

(LG. Berlin, 7. K. f. H., Urt. v. 15. Juni 1934, 407 O 112/34.)
Ber. von RA. Hans Heilmann, Berlin.

*

Plauen

5. § 811 Ziff. 5 ZPO. n. F. Eine Wellblechgarage ist für einen Mietwagenbesitzer unentbehrlich.

Der Gerichtsvollzieher hatte es abgelehnt, die Eisenwellblechgarage des Schuldners zu pfänden, weil sie diesem, der ein Mietwagengeschäft betreibe, zur Unterbringung seines der Pfändung nicht unterworfenen Horchwagens diene und nach § 811 Ziff. 5 ZPO. a. F. unentbehrlich sei. Der Amtsrichter ist den Ausführungen des Gerichtsvollziehers beigetreten, die sofortige Beschw. des Gläubigers ist als unbegründet zurückgewiesen worden.

Da eine Pfändung der Wellblechgarage noch nicht vorliegt, bestimmt sich die Zulässigkeit der Pfändung nach § 811 Ziff. 5 ZPO. i. d. Fass. des Ges. v. 24. Okt. 1934 (RGBl. I, 1070). Es fragt sich daher, ob die Wellblechgarage zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Schuldners erforderlich ist. Dies ist zu bejahen. Während bisher der letzte Halbsatz des § 811 Ziff. 5 lautete: „Die zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit unentbehrlichen Gegenstände", hat er jetzt folgenden Wortlaut erhalten: „Die zur

---

— abgesehen von dem Fall des Ri. II/36 Abs. 1 —, Vermögensverschiebungen zwischen Ausländern zu kontrollieren. Mit dieser Ansicht hat der Beschl. des LG. Berlin v. 3. Juli 1934 (JW. 1934, 2503) gebrochen und damit im Hinblick auf den erheblichen Anteil der Ausländer an deutschem Grundbesitz einige Unsicherheit im Grundbuchverkehr hervorgerufen. In dem vom LG. Berlin behandelten Falle handelte es sich um den Erlaß des dinglichen Arrestes in das inländische Vermögen eines devisenrechtlichen Ausländers zugunsten eines anderen devisenrechtlichen Ausländers, der ohne Devisengenehmigung für unzulässig gehalten wurde mit der Begründung, der Zweck der devisenrechtlichen Gesetzgebung, keine Forderungen innerhalb des Deutschen Reiches zugunsten eines Ausländers ohne Genehmigung entstehen zu lassen, verlange, daß die Bestimmungen des § 13 Abs. 1 DevVO. i. Verb. m. § 8 der 4. DurchfVO. in ihrem vollen Wortlaut ohne Einschränkung auch in diesem Falle Anwendung finde.

Dieser Auffassung kann aus folgenden Gründen nicht beigetreten werden:

Zunächst ist es nicht Zweck der Devisengesetzgebung, innerhalb des Deutschen Reiches die Entstehung von Forderungen zugunsten von Ausländern zu verhindern. Wenn auch nach § 11 der 8. DurchfVO. v. 17. April 1934 Inländer, denen von einer Devisenstelle schriftlich mitgeteilt worden ist, daß ihnen für ein bestimmtes Geschäft devisenrechtliche Genehmigungen nicht erteilt werden können, für dieses Geschäft Verpflichtungen, deren Erfüllung einer devisenrechtlichen Genehmigung bedarf, nicht eingehen dürfen, so bezweckt diese Vorschrift lediglich, das Ansehen Deutschlands und den deutschen Kredit im Auslande nicht zu gefährden (vgl. RdErl. 30/34). Im übrigen kann ein Ausländer einem Inländer genehmigungsfrei jede Art von Kredit einräumen, insoweit bestehen gegen die Entstehung von Forderungen zugunsten von Ausländern devisenrechtlich keine Bedenken.

Andererseits dürfen allerdings gem. § 13 Abs. 1 DevVO. Kredite, die auf Reichsmark oder Goldmark lauten, Ausländern oder Saarländern nur mit Genehmigung eingeräumt werden. An sich umfaßt der Begriff der Krediteinräumung nicht das Nebengeschäft, das die Sicherung des Kredits durch Bestellung einer Hypothek zum Gegenstand hat. Hiervon ausgehend, vertrat der 1. ZivSen. des KG. in seinen Beschl. v. 7. Juli 1932 und 24. Nov. 1932 (JW. 1932, 3188 u. 3821) die Ansicht, daß zur Bestellung einer Hypothek nur dann eine Genehmigung erforderlich sei, wenn das dingliche Geschäft als solches mit Rücksicht auf die Verhältnisse des besonderen Falles sich als eine Krediteinräumung darstelle. Letzteres ist nach Ri. II/28 c dann der Fall, wenn ein inländischer Grundstückseigentümer eine Hypothek für die persönliche Schuld eines Ausländers bestellt. Schon in dieser Bestimmung ist durch die Hervorhebung der Genehmigungspflicht der Bestellung einer Hypothek durch einen Inländer für die persönliche Schuld eines Ausländers gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß eine Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn ein ausländischer Grundstückseigentümer sein in Deutschland belegenes Grundstück für einen anderen Ausländer mit einer Hypothek belastet. Wenn dazu noch die höchste Instanz in Grundbuchsachen in Preußen der Ansicht war, daß in der Regel sogar die Bestellung einer Hypothek für einen Ausländer durch den inländischen Grundstückseigentümer keiner Genehmigung bedürfe, um wieviel weniger bedurfte es einer Genehmigung zur Bestellung einer Hypothek durch den ausländischen Grundstückseigentümer für einen anderen Ausländer. Man wird entgegenhalten, daß § 8 der 4. DurchfVO. v. 9. Mai 1933 den Begriff der Krediteinräumung allgemein auf die Bestellung von Sicherheiten ausgedehnt hat. Daß damit jedoch in keiner Weise die im übrigen für die deutsche Devisenbilanz gleichgültige Bestellung einer Hypothek durch den ausländischen Grundstückseigentümer für einen anderen Ausländer erfaßt werden sollte, geht eindeutig aus dem Zweck dieser Bestimmung hervor. Dieser war, wie der RWiM. in RdErl. 35/33 ausführt, allein darauf gerichtet, die Bestellung einer Sicherheit, insbes. einer Hypothek oder Grundschuld, durch einen Inländer für einen Ausländer von der vorherigen Einholung einer Genehmigung abhängig zu machen, und zwar mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Stillhalteabkommen (vgl. Einleitung [5] I u. II des Deutschen Kreditabkommens von 1933 und Ziff. 16 [4] des Deutschen Kreditabkommens für deutsche öffentliche Schuldner von 1933), welche eine unterschiedliche Behandlung ausländischer Gläubiger durch Bestellung von Sicherheiten durch inländische Schuldner ausschlossen.

Als weiteres Argument gegen die Ansicht des LG. Berlin ist die Tatsache zu werten, daß § 8 der 4. DurchfVO. die in Ri. II/28 bis 31 getroffenen Ausnahmen und Auslegungen unberührt gelassen hat. Dies ist durch die Verweisung in Ziff. 19 der 3. DevVO. v. 7. Dez. 1933 ausdrücklich klargestellt worden; vgl. auch RdErl. 74/33 zu Ziff. 19: „Soweit aber bisher schon die Richtlinien eine Ausnahme von dem Erfordernis der Genehmigung ausgesprochen haben, soll diese Ausnahme auch gegenüber § 8 der 4. DurchfVO. gelten." Dies gilt insbes. für die Vorschrift in Ri. II/29 c, nach der eine Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn die Hypothekenbestellung nur die Sicherstellung für eine gleichzeitige Kreditgewährung durch einen Ausländer darstellt, und die Kreditvaluta in Devisen oder freier Reichsmark in das Inland geflossen ist. Also auch hier eine Lockerung, aus der per argumentum a majori ad minus gefolgert werden muß, daß die Belastung eines im Inland belegenen Grundstücks durch den ausländischen Grundstückseigentümer zugunsten eines anderen Ausländers nicht genehmigungspflichtig ist.

GerAss. Dr. H. Neiseke, Düsseldorf.

Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände." Damit hat der Kreis der unpfändbaren Gegenstände eine Ausdehnung erfahren (Volkmar: JW. 1934, 2821 ff.). An die Stelle des subjektiven Maßstabes der persönlichen Unentbehrlichkeit ist der allgemeine Gesichtspunkt der Erforderlichkeit getreten. Ob und welche Gegenstände für die Erwerbstätigkeit des Schuldners erforderlich sind, entscheidet die Verkehrsauffassung. Danach braucht aber ein Mietwagenbesitzer eine Garage zum Unterstellen seines Kraftfahrzeuges unbedingt, sie ist zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit erforderlich und daher unpfändbar.

Der Schuldner braucht sich auch nicht darauf verweisen zu lassen, daß er seinen Kraftwagen anderweit unterstellen, insbes. eine Garage mieten könne. Denn damit würde die Best. des § 811 Ziff. 5 ZPO. nur umgangen (vgl. SeuffArch. Bd. 42, Nr. 271 = Sächs. Ann. 8, 182), für den Schuldner wäre eine Garage nach wie vor „erforderlich". Nur dies ist nach § 811 Ziff. 5 ZPO. maßgebend, nicht aber die Möglichkeit, daß er sich eine Garage mieten kann.

(LG. Plauen, 1. ZK., Beschl. v. 15. Nov. 1934, 1 BC 524/34.)

*

Schneidemühl

6. § 3 SchRG.; Art. 3 der 6. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 (RGBl. I, 609). Wenn ein Entschuldungsverfahren vor den Osthilfebehörden durchgeführt worden ist, ist die Einleitung eines neuen Verfahrens vor dem Gericht unzulässig. †)

(LG. Schneidemühl, 3. ZK., Beschl. v. 30. Okt. 1934, 3 T 690/34.)
Abgedr. JW. 1934, 3081.

Amtsgerichte

Berlin

1. § 138 BGB. Von Rechtsunkundigen — Rechtskonsulenten — aufgezogene „Unfallhilfen" sind durchaus entbehrlich, da die erforderliche Hilfe, Rat, Auskunft und Vertretung durch die fachlich vorgebildeten Angehörigen der hiermit befaßten Einzelberufe gegen ein angemessenes Entgelt zur Verfügung stehen. Drängt ein Rechtskonsulent seine Tätigkeit dem Publikum auf, und vereinbart er für seine der des Anwalts ähnliche Tätigkeit eine Vergütung in hohen Prozenten des noch in keiner Weise zu ermittelnden schließlich erzielten Schadensersatzes, so widerspricht dies den Grundsätzen eines gesunden Geschäftsverkehrs. Ein derartiger Vertrag ist im Zusammentreffen mit unsachgemäßer und lässiger Ausführung als unsittlich anzusehen. †)

Die Bekl. erlitt einen Verkehrsunfall. Nach ihrer Behauptung wies gleich nach dem Unfall ein Polizist sie auf das Unternehmen des Kl. hin, welches darin besteht, die Ansprüche aus Unfällen für die Betroffenen durch Erledigung des Verkehrs mit den zur Erwirkung von Schadensersatz in Betracht kommenden Personen und Behörden zu regeln. Die Bekl. unterschrieb dem Kl. einen Schein, der übrigens auch von „dem Beamten E. B." unterzeichnet ist. Danach erteilt die Bekl. dem Kl. „unwiderruflich" den Auftrag, sie „in ihrer Unfallsache zu vertreten", und verpflichtet sich, von der an sie zur Auszahlung gelangenden Schadenssumme 10% an den Kl., der sich „die Unfallhilfe, vertreten durch den Direktor Ernst R." nennt, abzuführen, und tritt den Anspruch „an den Ersatzpflichtigen bzw. deren Versicherungsgesellschaft" an den Kl. ab. Ehe irgendeine Auszahlung an die Bekl. erfolgte, widerrief sie den Auftrag durch Schreiben ihres RA., in welchem sie dem Kl. zum Vorwurf machte, daß er die Angelegenheit nicht genügend gefördert habe. Sie übertrug ihrem Anwalt die weitere Regelung.

Die Gründe, warum sie das Vertrauen zum Kl. verloren hat und sich zum Widerruf für berechtigt hält, sind u. a.: Erst sieben Wochen nach dem Auftrage habe er sich mit der haftpflichtigen Autohalterin in Verbindung gesetzt,

seine Maßnahmen zur Ermittlung der betreffenden Versicherungsgesellschaft seien unzulänglich;

er habe einfach die Angaben der Polizei und die Bezeichnung der Zeugen dem Rechtsanwalt E. übergeben, von sich aus aber keine Ermittlungen angestellt.

E. habe nur ein Schmerzensgeld von 100 *RM* für berechtigt er-

---

Zu 6. Das LG. in Oppeln hat in ständiger Rspr. denselben Standpunkt vertreten, nämlich daß nach durchgeführtem Osthilfeverfahren für ein gerichtliches Entschuldungsverfahren in keinem Falle mehr Raum ist. Es ist ferner zu den durch Art. 3 der 6. DurchfVO. v. 7. Juli 1934 herbeigeführten Zweifelsfragen entschieden worden:

a) Zu den „anderen Gründen" des Art. 3 gehört nicht Fristversäumnis. Ist also ein im Osthilfeverfahren gestellter Antrag wegen Entschuldungsunfähigkeit oder Entschuldungsunwürdigkeit abgelehnt worden und wird ein später gestellter Wiederaufnahmeantrag (§ 98 SchRG.) wegen Fristversäumnis abgelehnt, so ist ein gerichtliches Entschuldungsverfahren unzulässig; seine Zulässigkeit kann nicht auf Art. 3 gestützt werden. Der wegen Fristversäumnis abgelehnte Antrag kann keine andere Rechtslage herbeiführen als der nicht gestellte; maßgebend bleiben für die Zulässigkeit eines neuen (gerichtlichen) Entschuldungsverfahrens die Ablehnungsgründe des ursprünglichen Osthilfeverfahrens. Im anderen Falle könnte jeder, der vom gerichtlichen Entschuldungsverfahren ausgeschlossen ist, weil ein Osthilfeverfahren wegen Entschuldungsunfähigkeit oder -unwürdigkeit abgelehnt worden ist, ein gerichtliches Entschuldungsverfahren jederzeit nachträglich dadurch möglich machen, daß er einen zwangsläufig wegen Fristversäumnis der Ablehnung unterliegenden Wiederaufnahmeantrag bei der Osthilfe stellte.

b) Eine Zurücknahme eines am 15. Juni 1933 noch schwebenden Osthilfeantrages durch den Antragsteller hat nicht dieselbe Wirkung wie die Ablehnung eines solchen Antrages durch die Osthilfestelle im Umfange des Art. 3, ermöglicht also in keinem Falle die Einleitung eines gerichtlichen Entschuldungsverfahrens. Wenn durch Art. 3 in beschränktem Umfange die Möglichkeit gegeben worden ist, in Abweichung von dem Grundsatz der §§ 3 Ziff. 5, 97 SchRG. trotz Osthilfeverfahrens, auch wenn dieses erst nach dem 15. Juni 1933 geendet hat, ein gerichtliches Entschuldungsverfahren zu erlangen, so hat Art. 3 doch nur die Härten beseitigen wollen, die sich aus der starren Durchführung der genannten Best. des SchRG. in Verbindung mit den unterschiedlichen Voraussetzungen des Osthilfe- und des gerichtlichen Entschuldungsverfahrens in einzelnen Fällen in der Praxis ergeben haben. Dem würde es widersprechen, in allen Fällen der am 15. Juni 1933 noch schwebenden Osthilfeverfahren ein gerichtliches Entschuldungsverfahren dadurch zu ermöglichen, daß dem Schuldner gestattet würde, der drohenden, ein gerichtliches Verfahren unmöglich machenden Ablehnung des Osthilfeantrages aus den Gründen der Entschuldungsunfähigkeit oder -unwürdigkeit durch Zurücknahme des Osthilfeantrages zu entgehen.

LGDir. Dr. Christian, Oppeln.

Zu 1. Die Entwicklung des Kraftverkehrswesens hat eine gesteigerte Bedeutung der Unfallrechtsstreitigkeiten mit sich gebracht, die von geschäftstüchtigen Personen zur Einrichtung eigener Unternehmungen benutzt worden ist, die sich mit der berufsmäßig der Anwaltschaft vorbehaltenen Aufgabe befassen, die Schadensersatzansprüche des Verunglückten geltend zu machen. Wenn schon die Beschäftigung rechtlich nicht durchgebildeter Personen mit Raterteilungen an Rechtsuchende sehr bedenklich ist, so ist bei Unfallsachen eine Vertretung durch sachgemäße und erfahrene Rechtshelfer unbedingt erforderlich. Hier handelt es sich um besonders lebenswichtige Werte, deren falsche Behandlung nicht wieder gutzumachende Nachteile bringt.

Dies ist auch von der Anwaltschaft bald erkannt worden. Die Rechtsanwälte in Leipzig haben bereits Anfang 1933 eine eigene Unfallschutzstelle eingerichtet, in Dresden ist man ihnen alsbald gefolgt. Die Aufgabe dieser Einrichtung ist es, die Schädigung der Verunglückten durch mangelhaften Rechtsschutz oder unzweckmäßige Beratung zu verhindern. Sofort nach Mitteilung eines Unfalls übernimmt ein erfahrener Rechtsanwalt, der von der Unfallschutzstelle bestimmt wird, die Beratung des Verletzten. Mit Rücksicht auf die öffentlichen Belange, die eine Ausbeutung oder Schädigung der durch den Unfall an der Wahrnehmung ihrer Angelegenheit behinderten Verletzten nicht zulassen, hat der Oberbürgermeister in Leipzig die Verunglückten, die in den städt. Krankenhäusern untergebracht werden, vor unangebrachten Angeboten dadurch geschützt, daß er den Vertretern gewerbsmäßiger Unfallhilfen u. dgl. den Zutritt zu den Kranken nicht gestattet, die andererseits auf die Unfallschutzstelle der Rechtsanwälte durch die Krankenhäuser aufmerksam gemacht werden (vgl. AnwBl. 1933, 119).

Das Urt. des AG. Berlin entscheidet erfreulicherweise in demselben Sinne. Es schützt die Verletzten vor den Folgen übereilter und unüberlegter Erklärungen, die sie unter der Wirkung des Unfalls den sich ihnen aufdrängenden geschäftstüchtigen Personen abgegeben haben, die, wie im vorl. Falle, noch dadurch jede Bewegungsfreiheit dem Geschädigten nehmen wollen, daß sie die Vereinbarung unwiderruflich gestalten.

Das im Urt. geschilderte Verhalten des Kl. zeigt, daß eine wirkliche Wahrnehmung oder Förderung der Rechte des Verletzten nicht vorliegt, so daß die Zusicherung eines Zehntels der Schadensersatzsumme den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. erfüllt und demnach nichtig ist. Eine Verbindung eines Rechtsanwalts mit einer derartigen Einrichtung, vor der auch der Vorstand der Anwaltskammer gewarnt hat, ist unzulässig. Der Rechtsanwalt hat eine derartige Vertretung vollkommen selbständig zu führen und sich von jeder Aufsicht und

klärt, während die Versicherungsgesellschaft, nachdem der Anwalt der Bekl. mit ihr verhandelt hatte, anstandslos ein solches von 500 RM bewilligt habe.

E. habe direkt von ihr Gebühren verlangt und die Aushändigung seiner Handakte von deren Zahlung abhängig gemacht.

Gegen die Art des Geschäftsbetriebes des Kl. macht die Bekl. geltend, der Kl. sei ein Rechtskonsulent. Die Anwälte seien in den Mitteilungen der Anwaltskammer v. 17. Sept. 1934 vor einer Geschäftsverbindung mit ihm gewarnt worden. Er nutze den ersten Schreck und den Krankheitszustand der Verletzten aus, indem er sich durch Polizeibeamte Verbindung verschafft und sie sofort den Auftrag unterschreiben lasse, in welchem ein außerordentlich hoher Prozentsatz von der Schadenssumme versprochen wurde.

Der Kl. hat die Angaben der Bekl. über das Zustandekommen seiner Verbindung mit ihr nicht widerlegt. Er hat danach der Bekl. seine Tätigkeit in einer mit den Gepflogenheiten eines gewissenhaften Geschäftsmannes nicht zu vereinbarenden Weise aufgedrängt. Dafür, daß er einen Polizeibeamten zur Vermittlung ausgenutzt hat, spricht die Unterschrift des Beamten unter dem Auftragschein. Der Inhalt des Auftragscheins ist nicht einwandfrei. Eine der des Anwalts ähnliche Tätigkeit in Prozentsätzen des überhaupt noch in keiner Weise zu berechnenden schließlich erzielten Betrages des Ersatzes abgelten zu lassen, ohne Rücksicht auf das Maß und die Sorgfalt der ausgeübten Tätigkeit, und noch dazu diesen Auftrag „unwiderruflich" zu machen, widerspricht den Grundsätzen eines gesunden Geschäftsverkehrs. Es sind für die Abgeltung einer solchen Tätigkeit — anders als etwa beim Maklervertrag, bei welchem nicht nach dem Maß der Arbeit, sondern nach dem Erfolg honoriert wird — zuverlässige Maßstäbe für die angemessene Bezahlung ernsthafter Arbeit zu finden. Dazu kommt, daß der versprochene Prozentsatz ein recht hoher ist.

Die Durchführung des Auftrages, der, wenn auch ohne nähere Erkundigung über die Art seines Betriebes, doch auf einem ihm persönlich entgegengebrachten Vertrauen beruht, hat der Kl. einem der Bekl. unbekannten Rechtsanwalt überlassen, ohne daß dies im Auftragschein vereinbart worden war.

Es ist auch in Betracht zu ziehen, daß ein Betrieb, wie derjenige des Kl., für den Verletzten wirtschaftlich durchaus entbehrlich ist, denn der Verletzte kann sich Schreibhilfe, rechtlichen Rat, Vertretung in der Verhandlung mit Personen oder Behörden aus den damit befaßten Einzelberufen gegen angemessenes und seinem Betrage nach übersehbares Entgelt beschaffen. Wird die Inanspruchnahme eines solchen Betriebes dem Verletzten durch Werbung aufgedrängt, so widerspricht das den guten Sitten.

Das Zustandekommen, der Inhalt und die Art der Durchführung des Vertrages, aus dem der Kl. seinen Anspruch erhebt, sind hiernach als unsittlich i. S. des § 138 BGB. anzusehen.

(AG. Berlin, Abt. 21, Urt. v. 26. Nov. 1934, 21 C 1629/34.)

Eingef. von RA. Feist, Berlin.

*

Frankfurt a. O.

2. § 91 ZPO. **Wenn auch die Tätigkeit der deutschen Rechtsanwälte in der NS.-Rechtsbetreuung ehrenamtlich ist, so ist hierdurch die Gebührenfestsetzung im Verhältnis zu dem unterlegenen Prozeßgegner nicht ausgeschlossen. Die Inanspruchnahme einer NS.-Rechtsbetreuungsstelle dient der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung. Die dadurch entstandenen Kosten sind erstattungsfähig.**

RA. K. in Berlin hat im Rahmen der NS.-Rechtsbetreuung die Klageschrift im Auftrage der Kl. angefertigt und gleichzeitig Antrag auf Gewährung des Armenrechts und Beiordnung eines Anwalts gestellt. Die Kl. begehrt Festsetzung der von RA. K. für diese Tätigkeit beanspruchten Prozeßgebühr nebst Umsatzsteuer und Auslagen. Der berechnende UrkB. hat die Festsetzung abgelehnt mit der Begründung, die Kl. hätte die Klage bei der Rechtsantragsstelle des zuständigen AG. kostenlos zu Protokoll geben können. Hiergegen richtet sich die zulässige, auch fristgerecht eingelegte Erinnerung. Ihr war stattzugeben.

Die Kl. wohnt in Berlin, ist arm und konnte deshalb in dem vor dem AG. Frankfurt a. O. zu führenden Rechtsstreit nicht selbst verhandeln. Zur Abgabe sachdienlicher Erklärungen und Stellung der notwendigen Anträge bedurfte die Kl. einer geeigneten Beratung. Sie hat sich hierbei der NS.-Rechtsbetreuungsstelle bedient. Diese Rechtsbetreuungsstellen sind, wie sich aus den für ihre Einrichtung maßgebenden Richtlinien v. 7. April 1934 (JW. 1934, 1031) ergibt, geschaffen, um auch den minderbemittelten Volksgenossen die Möglichkeit zu geben, für die Erledigung ihrer Rechtsangelegenheiten die Hilfe eines RA. in Anspruch zu nehmen. Der einzelne Volksgenosse erwartet von einem RA., dem er seine Angelegenheit vorträgt und anvertraut, ohne weiteres eine besondere persönliche Einfühlung und Anteilnahme und bewertet deshalb mit Recht den ihm durch die NS.-Rechtsbetreuung gegebenen Beistand ganz anders und höher als die zwar ebenfalls sachkundige, aber notwendigerweise doch mehr unpersönliche Beratung durch die Rechtsantragsstelle eines Gerichts. Die Inanspruchnahme der Rechtsbetreuungsstelle durch die Kl. diente also der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und war nach Lage der Sache notwendig. Die dadurch entstandenen Kosten sind gem. § 91 ZPO. erstattungsfähig.

Daß durch die Tätigkeit des RA. K. die Prozeßgebühr des § 13 RAGebO. an sich entstanden ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Entsprechend dem Zweck der NS.-Rechtsbetreuung, der die nationalsozialistischen Rechtsanwälte ihre Arbeitskraft ehrenamtlich zur Verfügung stellen, werden aber Gebühren i. S. der RAGebO. von dem Recht suchenden Volksgenossen nicht erhoben. Diese in den erwähnten Richtlinien zum Ausdruck gebrachten Grundsätze schließen jedoch eine Gebührenfestsetzung im Verhältnis zu dem unterlegenen Prozeßgegner nicht aus, sofern nur die Voraussetzungen für eine Festsetzung gem. §§ 91 ff. ZPO. an sich gegeben sind. Das ergibt sich auch schon daraus, daß nach Ziff. 3 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinien selbst der die Rechtsbetreuung in Anspruch nehmende Volksgenosse zur Nachzahlung der gesetzlichen Anwaltsgebühren verpflichtet ist, falls er nachträglich zu Vermögen gelangt.

(AG. Frankfurt a. O., Beschl. v. 17. Nov. 1934, 7 C 903/34.)

---

von jeder Anweisung durch solche Personen freizuhalten, die eine unzulässige Einschränkung seiner Berufstätigkeit darstellen, für die er allein seiner Standeseinrichtung verantwortlich ist.

Die Beamten der Polizei werden, um den durch ihre Empfehlung bestehenden Mißstand eines falschen Ansehens der gewerbsmäßigen Unfallhilfe zu vermeiden, anzuhalten sein, derartige Hinweise nicht zu geben. Sie können die Haftung des Staats für derartige unzulässige und sachwidrige Auskünfte seiner Beamten begründen.

Wie der überflüssige Zwischenhändler, der eine unnötige Verteuerung der Ware herbeiführt, nicht geduldet wird, wie die Schwarzarbeit im Gewerbe nicht zugelassen wird, so stellt das Urt. auf Grund der ständischen Entwicklung der neuen Zeit zutreffend fest, daß der Betrieb des Kl. wirtschaftlich überflüssig und entbehrlich ist, weil hinreichend zweckmäßige Einrichtungen vorhanden sind, die der Verletzte mit weit geringeren Verpflichtungen und im Ergebnis größeren und sicheren Erfolg in Anspruch nehmen kann. Das Aufdringen der Dienste des Kl. wird folgerichtig als Verstoß gegen die guten Sitten bezeichnet. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß darüber hinaus die Rspr. in Zukunft das Arbeitsgebiet des Rechtsanwalts unter der Einwirkung des ständischen Aufbaus vor jedem unbefugten Eingriff anderer Personen bewahren wird, so daß der Rechtsanwalt allmählich wieder allgemein als tatsächlich zur Führung derartiger Angelegenheiten allein bestimmter Beruf angesehen wird. Dieser Grundsatz ist bereits in der Rechtsbetreuung zum Ausdruck gebracht, in der der Rechtsanwalt freiwillig die Beratung und Vertretung der minderbemittelten Volksgenossen übernommen hat.

RA. Dr. Hawlitzky, Forst i. L.

B. Arbeitsgerichte

Reichsarbeitsgericht

Berichtet von Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden

**** 1.** § 2 KündSchG. **Wenn ein Arbeiterverband der Deutschen Arbeitsfront Angestellte der von ihm verdrängten freigewerkschaftlichen Organisation weiterbeschäftigt und mit ihnen einen unbefristeten Arbeitsvertrag schließt, so ist Rechtsnachfolge i. S. des § 2 KündSchG. gegeben.**

Die Kl. war seit 1919 bei dem Gesamtverbande der Arbeitnehmer der öffentlichen Betriebe und des Personen- und Warenverkehrs als Büroangestellte beschäftigt; ihr Monatsgehalt betrug zuletzt 420 RM. Ihre Beschäftigung dauerte auch nach der am 2. Mai 1933 erfolgten Besetzung der Gewerkschaftshäuser durch die NSBO. fort. Nachdem ihr am 13. Mai 1933 zum 31. Dez. 1933 gekündigt worden war, wurde sie am 22. Juli 1933 fristlos entlassen.

Die Kl., welche die fristlose Entlassung nicht als berechtigt anerkennt, nimmt den Deutschen Arbeiterverband der öffentlichen Betriebe auf Weiterzahlung ihres Gehaltes in Anspruch.

Die Bekl., welche in erster Linie geltend macht, das LArbG. habe zu Unrecht angenommen, daß seit Anfang Mai 1933 zwischen den Parteien unmittelbar ein Dienstvertragsverhältnis bestanden habe, ist begründet. Die Annahme des LArbG., die Kl. habe zu dem beklagten Verbande in einem Beschäftigungsverhältnis nicht nur vorübergehender Natur, sondern in einem festen, erst zum 31. Dez. 1933 kündbaren Arbeitsvertragsverhältnis gestanden, beruht auf zwei Grundlagen, nämlich einmal auf der als unstreitig hingenommenen Tatsache, daß die Kl. vom 2. Mai bis zum 22. Juli

1933 bei dem beklagten Verbande beschäftigt worden sei, und ferner auf dem Inhalte des Kündigungsschreibens vom 13. Mai 1933, von dem das LArbG. angenommen hat, es sei von dem beklagten Verbande ausgegangen. In beiden Richtungen sind rechtliche Bedenken zu erheben. Die Annahme des LArbG., der beklagte Verband habe der Kl. durch das Schreiben vom 13. Mai 1933 gekündigt, ist mit der Sach- und Rechtslage nicht vereinbar, wie sie durch die am 2. Mai 1933 erfolgte Besetzung der Gewerkschaftshäuser und die damit verbundene Übernahme der Führung der freien Gewerkschaften durch Beauftragte der NSBO. geschaffen war. Diese Sach- und Rechtslage ist in RAG 274/33 v. 28. Febr. 1934 (RArbG. 13, 271 f. [1]) an Hand der Ereignisse, wie sie sich im Zuge der nationalen Erhebung vor der Öffentlichkeit vollzogen haben, einer eingehenden Würdigung unterzogen worden. Wie in diesem Urt. dargelegt worden ist, war mit der am 2. Mai durchgeführten Besetzung der Gewerkschaftshäuser nicht gleichzeitig eine Auflösung der Gewerkschaften verbunden, vielmehr wurde die Geschäftsführung der alten Gewerkschaften unter der Leitung der Beauftragten der NSDAP. (NSBO.) fortgesetzt, bis die mit der Errichtung der Arbeitsfront einsetzende Neu- und Umbildung der Organisation der gesamten deutschen Arbeiterschaft vollzogen und die Überführung der Mitgliederbestände der bisherigen freien Gewerkschaften in die neuen Arbeiterverbände der Deutschen Arbeitsfront erfolgt war. Die eigentliche Umbildung der Organisation begann aber erst mit der am 10. Mai (die Angabe des 16. Mai 1933 im Urt. v. 28. Febr. 1934 beruht auf einem Versehen) erfolgten Verkündung der Errichtung der Deutschen Arbeitsfront und erst am 28. Juni 1933 wurde der Abschluß der Neubildung der deutschen Arbeiterverbände bekanntgegeben. Diese Entwicklung rechtfertigte keineswegs ohne weiteres die Annahme, das Kündigungsschreiben vom 13. Mai 1933 sei schon von dem beklagten Verbande ausgegangen. Wenn das LArbG. weiter davon ausgegangen ist, es sei unter den Parteien unstreitig, daß die Kl. bereits seit dem 2. Mai 1933 von dem beklagten Verbande beschäftigt worden sei, so beruht auch dieser Ausgangspunkt insofern auf einer unrichtigen Grundlage, als, wie in dem Urt. v. 28. Febr. 1934 dargelegt worden ist, der beklagte Verband am 2. Mai 1933 noch gar nicht bestanden hat. Auch in dem Vorbringen der Parteien fehlte es an einem Anhalt für diesen Ausgangspunkt. Nach dem Tatbestande des angefochtenen Urt. hatte der Bekl. seine Passivlegitimation ganz allgemein bestritten. In den Gründen seines Urt. v. 4. Jan. 1934 war das ArbG. davon ausgegangen, daß die Gründung des beklagten Verbandes erst Anfang Juli 1933 erfolgt sei; es hatte also damit ein Beschäftigungsverhältnis bei dem Bekl. erst seit diesem Zeitpunkte als bestehend angesehen. Es ist nicht ersichtlich, was dem LArbG. Veranlassung gegeben haben könnte, anzunehmen, es sei unstreitig, daß die Kl. bereits seit dem 2. Mai 1933 bei dem beklagten Verbande beschäftigt worden sei. Gerade die Annahme aber, die Kl. sei bereits vom 2. Mai 1933 ab die ganze Zeit hindurch bis zum 22. Juli 1933 von dem beklagten Verbande beschäftigt worden, bildet neben der Annahme, das Kündigungsschreiben vom 13. Mai 1933 sei von dem Bekl. ausgegangen, die Grundlage für die Auffassung des LArbG., der beklagte Verband sei durch Weiterbeschäftigung in ein Arbeitsvertragsverhältnis zur Kl. getreten, das, weil nicht nur vorübergehender oder zeitlich fest begrenzter Natur, einer Kündigung bedurft habe, die in Anwendung des § 2 KündSchG. erst zum 31. Dez. 1933 wirksam geworden sei. Es bedarf deshalb einer erneuten Nachprüfung durch das LArbG. auf tatsächlich und rechtlich einwandfreier Grundlage, ob und für welche Zeitdauer ein Beschäftigungsverhältnis der Kl. bei dem beklagten Verbande bestanden hat, das eine Haftung des beklagten Verbandes für den im Streit befindlichen Gehaltsanspruch aus einem unmittelbaren Vertragsverhältnis mit der Kl. zu begründen geeignet wäre.

Die Rev. hat weiter unrichtige Anwendung des § 2 KündSchG. gerügt, indem sie geltend macht, das LArbG. habe zu Unrecht angenommen, daß eine Rechtsnachfolge i. S. dieser Gesetzesbestimmung in bezug auf das Verhältnis des alten Verbandes zu dem beklagten Verbande gegeben sei. Die Anwendung des § 2 KündSchG. unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsnachfolge im Betriebe kommt allerdings erst dann in Frage, wenn einwandfrei festgestellt ist, daß zwischen der Kl. und dem beklagten Verbande ein Arbeitsvertragsverhältnis bestanden hat, das zu seiner Lösung der Kündigung bedurfte (vgl. hierzu das zum Abdruck in amtl. Slg. bestimmte Urt. v. 6. Juni 1934, RAG 57/34 [2]). Gleichwohl erschien es sachgemäß, zu dieser in Rspr. und Schrifttum umstrittenen Frage schon jetzt grundsätzlich Stellung zu nehmen. Die von der Rev. in dieser Richtung erhobene Rüge ist nicht begründet.

Ausgehend von dem sozialen Zweck des KündSchG., einem Angestellten, der längere Zeit in dem gleichen Betriebe tätig gewesen ist, einen verstärkten Kündigungsschutz in Form einer längeren Kündigungsfrist und dadurch die Möglichkeit zu gewähren, innerhalb der längeren Kündigungsfrist eine neue Arbeitsstelle zu finden, hat das RArbG. in zahlreichen Entsch. (vgl. RArbG. 1, 7 [3]; 4, 288 [4]; 9, 292 [5]; Urt. v. 16. Jan. 1929, RAG 307/28 und v. 13. März 1929, RAG 564/28 [6]): ArbRspr. 1929, 125 und 211; Urt. v. 4. Nov. 1931, RAG 114/31; v. 17. Juni 1931, RAG 56/31; v. 28. Nov. 1931, RAG 189/31 [7]): ArbRSlg. 13, 313; 16, 108, 112) zum Ausdruck gebracht, daß der Begriff der Rechtsnachfolge i. S. dieses Gesetzes keineswegs in dem strengen Rechtssinne zu verstehen ist, daß er nur die Fälle des abgeleiteten Erwerbes von Rechten umfaßt. Vielmehr ist die Beurteilung der Rechtslage grundsätzlich auf den Betrieb als solchen abzustellen; der Betrieb als solcher in seiner besonderen technisch-wirtschaftlichen Zielsetzung ist ins Auge zu fassen, und es ist zu fragen, ob der Betrieb ohne wesentliche Änderung seines Geschäftszweckes fortgeführt wird. Freilich kann auch beachtlich sein, ob der Betrieb im früheren und gegenwärtigen Bestand von denselben Personen (von dem gleichen Kapital) beherrscht wird (vgl. Urt. v. 3. Juli 1929, RAG 51/29 [8]), doch ist dieser Gesichtspunkt nicht schlechthin ausschlaggebend. Wesentlich ist vielmehr, daß der Betrieb, in dem die Weiterbeschäftigung des Angestellten erfolgt, in seiner technisch-wirtschaftlichen Zielsetzung als eine Fortführung des bisherigen Betriebes angesehen werden kann, gleichgültig, welche rechtliche Unterlage der Fortführung oder Übernahme des Betriebes zugrunde liegt. Es kommen hiernach für die hier zu behandelnde Frage der Rechtsnachfolge i. S. des § 2 KündSchG. wesentlich andere Gesichtspunkte in Betracht, als in den Fällen, in denen es sich um die Rechtsnachfolge im eigentlichen rechtstechnischen Sinne handelt. Es kann deshalb auch den die Rechtsnachfolgerschaft der Arbeitnehmerverbände der Arbeitsfront im eigentlichen Sinne behandelnden Entsch. v. 28. Febr. 1934, RAG 274/33 und 275/33 und den die gleiche Frage betreffenden späteren Entsch. für die hier zu behandelnde Frage nichts Wesentliches entnommen werden.

Das LArbG. hat sich in dem angefochtenen Urt. grundsätzlich auf den Boden der vorangegebenen Rspr. des RArbG. gestellt und die Rechtsnachfolge des beklagten Verbandes in bezug auf den freigewerkschaftlichen Gesamtverband bejaht.

Bei dieser Rechtsauffassung des LArbG. ist eine Verkennung des Begriffes der Rechtsnachfolge i. S. des § 2 KündSchG. nicht festzustellen. Wenn davon ausgegangen wird, daß es nach der Rspr. im wesentlichen darauf ankommt, ob der gleiche Betrieb als fortgeführt angesehen werden kann, so bietet gerade der Übergang der Betriebsführung von den alten freigewerkschaftlichen Organisationen auf die in der Arbeitsfront neugebildeten Arbeiterverbände das Bild einer Fortführung der Betriebe durch die neuen Arbeiterverbände. Wie gerichtsbekannt ist, sind fast überall die Organisationsformen der freien Gewerkschaften wie auch die bis dahin zur Betriebsführung erforderlichen Einrichtungen benutzt worden, um auf ihnen die neuen Arbeiterverbände aufzubauen. Aber nicht nur das, sondern auch die Mitgliederbestände der freien Gewerkschaften bildeten die erste Grundlage der neuen Arbeiterverbände, indem die Mitglieder der alten Verbände, soweit sie nicht aus besonderen Gründen ausschieden, als Mitglieder der neuen Arbeiterverbände übernommen wurden. Dabei blieben die in den alten Gewerkschaften vorhanden gewesenen sozialen Einrichtungen den früheren Mitgliedern auch in den neuen Verbänden erhalten. Wie sehr die neuen Verbände selbst sich hinsichtlich dieser äußeren Organisation wenigstens als die Nachfolger der alten Arbeitnehmerorganisationen ansahen, ergibt sich daraus, daß in einer Reihe von Verbandszeitschriften bei der Hervorhebung langjähriger Mitgliedschaft einzelner Mitglieder die Zeit der Zugehörigkeit zu einem der freigewerkschaftlichen Verbände mit eingerechnet war. Freilich waren die freigewerkschaftlichen Verbände der alten Zeit und die Arbeiterverbände der Deutschen Arbeitsfront in ihrer weltanschaulichen Orientierung grundverschieden voneinander. Während die freigewerkschaftlichen Verbände glaubten, durch eine Förderung des Klassenkampfes und die bewußte Hervorkehrung des Gegensatzes der Interessen der Arbeitgeber und derjenigen der Arbeitnehmer gleichzeitig die Interessen ihrer Mitglieder am besten wahrnehmen zu können, sahen die in der Deutschen Arbeitsfront neugebildeten Arbeiterverbände von vornherein und während der ganzen Dauer ihres Bestehens eine ihrer wesentlichsten Aufgaben in der Herstellung der nationalen Volksgemeinschaft und der Erziehung der in ihnen zusammengeschlossenen Arbeiter zu einer alle sozialen Gliederungen überbrückenden Volksverbundenheit. So gegensätzlich hiernach auch die beiderseitigen weltanschaulichen Grundlagen waren und so sehr ihre Verschiedenheit auch darin hervortrat, daß im Gegensatz zu dem in den alten Verbänden geltenden Mehrheitsprinzip in den neuen Verbänden der Führergrundsatz herrschend

[1]) JW. 1934, 1063 und 1202. [2]) JW. 1934, 2355. [3]) JW. 1928, 248. [4]) JW. 1930, 3016. [5]) JW. 1932, 3504. [6]) JW. 1929, 1810. [7]) JW. 1932, 3509. [8]) JW. 1930, 291.

war, so war doch, wie das LArbG. zutreffend hervorgehoben hat, neben dem äußeren Bilde der Betriebsfortführung auch der mit der Betriebsführung verfolgte Zweck, jedenfalls zu einem wesentlichen Teile, der gleiche geblieben, nämlich durch eine straffe Zusammenfassung der Arbeiter im Verbande und durch die Sorge für ihre arbeitsrechtlichen und sozialen Belange das Wohl der Mitglieder zu fördern. In diesem Sinne ist trotz aller Gegensätzlichkeit in der inneren Einstellung und Gesinnung eine Beibehaltung des Zweckes festzustellen, und nur diese Betrachtung wird in einem Falle wie dem vorliegenden, in dem es sich nicht wie in den Fällen der bisherigen Rspr. um die Fortführung gewerblicher Betriebe handelt, dem sozialen Zwecke des KündSchG. gerecht, das den Angestellten trotz eines Wechsels in der Betriebsinhaberschaft bei im wesentlichen gleichbleibender Tätigkeit im weitergeführten Betriebe auch für den Fall hat schützen wollen, daß eine Fortsetzung des alten Arbeitsvertrages, sei es im Wege der Rechtsnachfolge im eigentlichen Sinne, sei es im Wege ausdrücklicher Vereinbarung, nicht erfolgt ist.

Auf die vorstehend erörterte Rechtsfrage kommt es indessen, wie bereits hervorgehoben, erst dann an, wenn das LArbG. bei der erneuten Prüfung des Rechtsstreits zu dem Ergebnis gelangt, daß die Kl. zu dem beklagten Verbande in einem unmittelbaren Arbeitsverhältnis gestanden hat, das zu seiner Beendigung einer Kündigung bedurfte.

(RArbG., Urt. v. 29. Sept. 1934, RAG 68/34. — Berlin.)

*

**** 2.** § 1 RPräsVO. zum Schutze von Volk und Staat v. 28. Febr. 1933. Die Stellung des Staatsrats Dr. Ley als Pfleger des beschlagnahmten freigewerkschaftlichen Vermögens und demgemäß dessen Recht und Pflicht zur Verfügung über die Vermögensmassen bestimmt sich nicht nach bürgerlichem Recht, sondern nach staatspolitischen Erwägungen, insbes. nach dem mit der Beschlagnahme verfolgten Zweck. †)

(RArbG., Urt. v. 29. Sept. 1934, RAG 134/34.)

Abgedr. JW. 1935, 74[1].

Zu 2. Der Entsch. des RArbG. ist zunächst insofern beizutreten, als die durch den GenStA. in Berlin im Anschluß an die Beschlagnahme des freigewerkschaftlichen Vermögens angeordnete Pflegschaft nicht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts beurteilt werden kann. Vielmehr waren, wie das RArbG. mit Recht hervorhebt, staatspolitische Erwägungen für die Pflegerbestellung maßgebend. Es sollte im öffentlichen Interesse verhindert werden, daß das bei den freien Gewerkschaften angesammelte Vermögen der deutschen Arbeiter zu Zwecken verwendet wurde, die den Interessen der deutschen Arbeiter und damit auch des gesamten deutschen Volkes abträglich waren. Der Pfleger sollte nun aber das beschlagnahmte Vermögen nicht nur sichern, sondern auch verwalten. Um diese Verwaltung sachgemäß durchführen zu können, war ihm das unbeschränkte Verfügungsrecht an dem beschlagnahmten Vermögen zugebilligt worden. Die Entsch. hängt hiernach von der Frage ab, ob der mit unumschränktem Verfügungsrecht ausgestattete Verwalter auch zur Befriedigung von Gläubigern, die Ansprüche gegen die Vermögensmasse geltend machen, befugt ist. Die Vorinstanzen haben diese Frage bejaht, das RArbG. dagegen hält den Pfleger hierzu nicht für berechtigt, weil diese Schuldentilgung für den mit der Beschlagnahme verfolgten Zweck nicht zulässig sei.

Die Vorinstanzen haben sich zu ihrer Stellungnahme wohl aus praktischen Erwägungen bestimmen lassen. Denn wenn man die Verwaltungstätigkeit des Pflegers nicht auf die Befriedigung der Gläubiger ausdehnt, fehlt es zur Zeit an der Möglichkeit, deren Forderungen zu tilgen. Dennoch wird man dem RArbG. in der engen Auslegung der Pflegerbefugnisse beitreten müssen. Denn der Zweck der Bestellung des Pflegers besteht darin, das beschlagnahmte Vermögen in seinem Bestande zu erhalten, und die Verwaltung des Pflegers hat sich deshalb darauf zu beschränken, das Vermögen in seinem gegenwärtigen Bestande zu sichern und nur solche Maßnahmen zu treffen, die diesem Sicherungszwecke dienen. Würde der Pfleger über diesen Zweck hinaus auch zur Befriedigung der Gläubiger schreiten, so würde möglicherweise das beschlagnahmte Vermögen zu einem mehr oder weniger großen Teile, ja vielleicht sogar ganz aufgezehrt werden. Die Beschlagnahme könnte dann u. U. völlig inhaltlos werden. Auf diese Weise würde dann der Zweck der Pflegerbestellung vereitelt werden. Die Ansprüche der Gläubiger können daher erst dann befriedigt werden, wenn die Beschlagnahme aufgehoben wird.

LGPräs. Prof. Dr. Brand, Duisburg.

C. Verwaltungsbehörden u. Verwaltungsgerichte

I. Reich

Reichsfinanzhof

Berichtet von Senatspräsident Bodenstein und den Reichsfinanzräten Arlt, Ott und Sölch

[✕ Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. §§ 13, 20 EinkStG. Eine früher zu hohe Bewertung von Wertpapieren kann nicht durch rückwärtige Nachholung zurückgebliebener Abschreibungen auf Maschinen ausgeglichen werden. †)

Der Streit um die Bewertung der Maschinen in der Anfangsbilanz auf 1. Aug. 1926 ist z. T. durch die Bewertung der Wertpapiere veranlaßt. Für die Steuerabschnitte 1924/25 und 1925/26 war der BeschwF. auf Grund seiner Handelsbilanzen rechtskräftig nach gewerblichen Gewinnen von 77 417 *RM* und 52 922 *RM* veranlagt worden. Eine im Jahre 1928 vorgenommene Buchprüfung ermittelte Gewinne von nur 70 966,43 *RM* und 48 307,70 *RM*. Die Mindergewinne erklären sich z. T. daraus, daß der BeschwF. seine Wertpapiere in der Eröffnungsbilanz auf 1. Aug. 1924 niedriger als zu den nach § 107 Abs. 3 und § 108 Abs. 2 EinkStG. zulässigen Höchstwerten und in den folgenden Jahren entgegen der Vorschr. des § 20 EinkStG. zu den jeweils höheren Börsenwerten eingesetzt hatte. Dadurch hatte der BeschwF. in den Steuerabschnitten 1924/25 und 1925/26 unrealisierte Gewinne ausgewiesen und versteuert. Nach den damals geltenden Vorschr. (§ 212 RAbgO. a. F.) waren Berichtigungsveranlagungen zugunsten des BeschwF. nicht zulässig, so daß es bei den höheren Veranlagungen verbleiben mußte. Während die Wertpapiere in der der Veranlagung für 1925/26 zugrunde gelegten Handelsbilanz auf 31. Juli 1926 mit 17 029,90 *RM* zu Buche standen, hat der Buchprüfer diese Wertpapiere in der Anfangsbilanz auf 1. Aug. 1926 nach § 20 EinkStG. mit 8797,91 *RM* angesetzt. Das führte, da die Wertpapiere in den folgenden Jahren teils verkauft, teils in das Privatvermögen überführt worden sind, naturgemäß zu Gewinnen, die z. T. in früheren Steuerabschnitten ver-

---

Zu 1 und 2. Eine AktG. hatte werterhöhende Umbauten nicht aktiviert, sondern die Aufwendungen hierfür über Unkosten verbucht, weil der Wertsteigerung durch den Umbau eine allgemeine Wertminderung der Gebäude in mindestens gleicher Höhe gegenüberstehe. Der RFH. sagt hierzu: „Daß die Bilanzierung so wie sie in der Handelsbilanz vorgenommen ist, gegen die Buchführungsvorschriften des HGB. verstoßen hätte, wird auch von den Vorinstanzen nicht behauptet." Der RFH. will offenbar gegen diese Bilanzierungsmethode vom Standpunkt der Regeln der Buchführung keine Einwendungen erheben. Ob die Buchung mit den handelsrechtlichen Vorschr. übereinstimmt, ist aber immerhin nicht ganz unzweifelhaft. Das RG. läßt es beispielsweise nicht zu, daß Vorräte an Kohlen oder Effekten voll über Unkosten abgebucht werden (RG. 131, 192; vgl. die Kritik des Verf. in der Broschüre „Wie bilanziere ich jetzt richtig" § 66). Diese Rspr. mag anfechtbar sein. Beim Anlagevermögen müssen aber jedenfalls nunmehr seit der Neufassung des HGB. sämtliche Zugänge gesondert aufgeführt werden (§ 261 a Abs. 3 HGB. i. d. Fass. der VO. v. 19. Sept. 1931). Es fragt sich sehr, ob der § 261 a Abs. 3 HGB. nicht wenigstens für das Anlagevermögen der Niederschlag einer bereits früheren gültigen Rechtsauffassung war. Es ist daher, wie gesagt, immerhin zweifelhaft, ob nicht schon in der Bilanz v. 31. Dez. 1931 der Umbau irgendwie hätte aktiviert werden müssen.

Trotzdem muß dem Urteil des RFH. auf alle Fälle beigetreten werden; denn wie der RFH. mit Recht ausführt, kommt es praktisch auf das gleiche hinaus, ob der Zugang aktiviert worden wäre und dann eine entsprechende Abschreibung von dem gesamten Posten vorgenommen worden wäre oder ob statt dessen, wie hier geschehen, sofort der Betrag über Unkosten abgebucht wird. Es dürfte zwar nicht zulässig sein, die Überbewertung eines Bilanzpostens mit der Unterbewertung eines anderen Bilanzpostens auszugleichen. Dagegen steht m. E. nichts im Wege, solche Über- und Unterbewertungen innerhalb desselben Bilanzpostens zu verrechnen. Wenn auf der einen Seite die Gebäude höher aktiviert werden mußten, auf der anderen Seite aber die Gebäude wegen einer Werteinbuße niedriger aktiviert werden mußten oder doch konnten, so muß es zulässig sein, einen Ausgleich zu schaffen. Es kann dann nichts ausmachen, ob die Buchung formell mit den Buchführungsvorschriften übereinstimmt, wenn nur im sach-

steuert worden sind. Der BeschwF. sieht ein, daß mit Rücksicht auf die zwingenden Vorschr. des § 20 EinkStG. eine Berichtigung der Anfangsbilanz erfolgen mußte. Er glaubt aber, weil eine Berichtigungsveranlagung für die Steuerabschnitte 1924/25 und 1925/26 nicht angängig ist, den Ausgleich dadurch herbeiführen zu können, daß er etwa um die Höhe des eingesetzten Minderwerts der Wertpapiere andere Gegenstände in der Anfangsbilanz erhöht, und zwar zugunsten seines Kapitalkontos. Aus diesem Grunde behauptet er, daß bis 31. Juli 1926 die von ihm vorgenommenen und vom FinA. anerkannten Abnutzungsabsetzungen für Maschinen um 8398 *RM* zu hoch vorgenommen worden wären. Der gemeine Wert der Maschinen sei daher am 1. Aug. 1926 um diesen Betrag höher. Die Maschinen hätten nicht nur eine etwa vierjährige, sondern eine längere Restnutzungsdauer gehabt. Eine längere Restnutzungsdauer sei für die späteren Jahre auch vom FinA. anerkannt worden.

Diese vom BeschwF. gewünschte Bilanzberichtigung ist vom FinGer. mit Recht abgelehnt worden. Sowohl der BeschwF. als auch das FinA. konnten bei der schätzungsweisen Feststellung der Lebensdauer zunächst von einer vierjährigen Restlebensdauer der Maschinen ausgehen. Es ist in allen derartigen Fällen nicht möglich, die tatsächliche Lebensdauer von vornherein ganz genau zu ermitteln. Stellt sich *später* heraus, daß die Lebensdauer tatsächlich länger oder kürzer ist, dann ist für die Höhe der *folgenden* Abnutzungsabsetzungen regelmäßig von der Restnutzungsdauer auszugehen, wie sie sich nach der neuen richtigeren Schätzung ergibt, ohne daß etwa eine Berichtigung der früheren Jahre erfolgen müßte. Der Fall kann dann anders liegen, wenn offensichtlich falsche Werte angesetzt sind. Zu einer Durchbrechung der Bilanzstetigkeit besteht im vorl. Falle keine Veranlassung (vgl. auch Entsch. v. 16. Dez. 1931, VI A 1963/29: RFH. 30, 114 = StW. 1932 Nr. 427 = RStBl. 1932, 528).

(RFH., 6. Sen., Urt. v. 10. Okt. 1934, VI A 578/33.)

*

2. §§ 13, 19 EinkStG.; § 13 KörpStG. *Es kann steuerlich anerkannt werden — zum mindesten für die vor dem 1. Okt. 1931 begonnenen Steuerjahre —, daß von der Aktivierung eines werterhöhenden Umbaues auf dem Gebäudekonto abgesehen wird, wenn dargetan werden kann, daß der Werterhöhung eine entsprechende Minderung des gemeinen Wertes des Gebäudes gegenübersteht und deshalb in der Handels- und in der Steuerbilanz sowohl die Aktivierung als auch eine an sich zulässige Abschreibung unterblieben ist.* †)

Die Grundstücke der BeschwF. stehen in der Handelsbilanz für den 31. Dez. 1931, den Schluß des streitigen Steuerjahres, mit 9 378 000 *RM* und in der Steuerbilanz für den gleichen Stichtag mit 9 574 000 *RM* zu Buche. Nach vorläufiger Veranlagung ist im Aug. und Sept. 1933 eine Buch- und Betriebsprüfung vorgenommen worden. Bei dieser stellte der Buchprüfer fest, daß die BeschwF. im Steuerabschnitt für werterhöhende Umbauten 355 000 *RM* verausgabt und über Handlungsunkosten verbucht hatte. Der Buchprüfer hielt diese Aufwendungen für aktivierungspflichtig, was eine Erhöhung des steuerpflichtigen Gewinns um 355 000 *RM* zur Folge hatte. Bei der endgültigen Veranlagung ist das FinA. dem Buchprüfer gefolgt. Einspruch und Ber. hatten keinen Erfolg.

Die RBeschw. ist begründet.

Die BeschwF. hat nicht bestritten, daß durch den Umbau eine Werterhöhung ihrer Bankgebäude um 355 000 *RM* eingetreten ist, und daß daher die Umbaukosten hätten aktiviert werden müssen. Sie glaubte jedoch berechtigt gewesen zu sein, die Aktivierung zu unterlassen, weil der Wertsteigerung durch den Umbau eine allgemeine Wertminderung der Gebäude in mindestens gleicher Höhe entgegenstehe, die durch die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse im Jahre 1931 eingetreten sei. Sie habe daher das Recht und die Pflicht gehabt, dieser Wertminderung Rechnung zu tragen. Statt in der Handelsbilanz in der Weise zu verfahren, daß die durch den Umbau entstandenen Unkosten zunächst dem Bankgebäudekonto als Werterhöhung belastet und nachher ein entsprechender Betrag zu Lasten der Gewinn- und Verlustrechnung von dem Bankgebäudekonto wieder abgesetzt worden sei, um so die Bankgebäude auf denjenigen Betrag herunterzuschreiben, der als wirklicher Wert noch anzusehen gewesen sei, habe sie zur Vereinfachung des Rechenwerkes den Betrag der Kosten sofort der Gewinn- und Verlustrechnung belastet. Hierdurch habe sie das gleiche Ergebnis erzielt.

Das FinGer. hat diese Auffassung der BeschwF. nicht gebilligt. Es hat dahingestellt gelassen, ob und in welcher Höhe nach den Verhältnissen auf dem Grundstücksmarkt eine Abschreibung auf dem Bankgebäude gerechtfertigt gewesen sei. Jedenfalls habe die BeschwF. in der Handelsbilanz, die auch die Grundlage für die Steuerbilanz sei, die Abschreibung nicht gemacht. Die Unterlassung mache auch nach den Umständen die Handelsbilanz nicht nichtig, so daß diese maßgebend sei. Die BeschwF. sei auch zu einer Änderung der Bilanzierungsmethode im Wege der Bilanzberichtigung oder Bilanzänderung nicht berechtigt. Eine Berichtigung komme schon deshalb nicht in Frage, weil die Handelsbilanz nicht falsch sei. Eine Änderung der Steuerbilanz sei ohne gleichzeitige Änderung der Handelsbilanz nicht zulässig. Der von der BeschwF. versuchte versteckte Ausgleich zwischen steuerrechtlich zwingend vorgeschriebenen Aktivierungen einerseits und Abschreibungen auf Grundstückswerte anderseits sei daher nicht möglich. Ein solches Verfahren widerspreche auch dem Interesse an Bilanzklarheit und der steuerlichen Erfassung der Gewinne.

Den Ausführungen des FinGer. kann in ihrem Ergebnis nicht beigetreten werden. Zutreffend ist, daß die Steuerbilanz keine selbständige, sondern eine von der Handelsbilanz abgeleitete Bilanz ist. Das hat zur Folge, daß die nicht gegen zwingende

---

lichen Ergebnis die Buchung einen nach dem HGB. zulässigen Wert zum Ausdruck bringt. Es kann auch nicht eingewandt werden, daß die Wertminderung nach § 261 Ziff. 1 HGB. zwar bei dem Ansatz berücksichtigt werden konnte, daß aber diese Werteinbuße nicht unbedingt berücksichtigt werden mußte, insofern als an Stelle des gemeinen Wertes auch die Herstellungskosten, gekürzt um die Absetzungen für Abnutzung, bilanziert werden durften.

Anders liegt der Tatbestand, über den in dem Urteil des 6. Sen. v. 10. Okt. 1934 entschieden worden ist. Hier wurde die Anfangsbilanz für ein Geschäftsjahr abgeändert, indem die zum Betriebsvermögen gehörigen Effekten niedriger eingesetzt wurden. Der StPfl. wollte dies wettmachen, indem er geltend machte, die Maschinen müßten entsprechend höher eingesetzt werden. Es handelt sich hier also um die Herstellung eines Ausgleichs innerhalb verschiedener Bilanzpositionen. Der 6. Sen. des RFH. ist in dieser Hinsicht im allgemeinen etwas entgegenkommender als der 1. Sen. Er lehnt aber im vorl. Falle die Höherbewertung der Maschinen in der Anfangsbilanz aus Gründen ab, die in jeder Hinsicht zutreffend sind.

Bedenken bestehen m. E. bei dem Urt. des 6. Sen. jedoch gegen die Änderung des Ansatzes der Effekten in der Anfangsbilanz v. 1. Aug. 1926. Hier lag der Tatbestand so, daß die Effekten in den Bilanzen v. 31. Juli 1925 und v. 31. Juli 1926 höher angesetzt worden sind als in der Eröffnungsbilanz v. 1. Aug. 1924. Dies verstieß gegen § 20 EinkStG. i. d. Fass. des Ges. v. 10. Aug. 1925. Eine andere Frage ist es, ob deshalb die Bilanz v. 1. Aug. 1926 geändert werden mußte. Mit dieser Änderung wurde die Bilanzidentität unterbrochen. Zwei Fragen spielen hier herein: Zunächst ist zu prüfen, ob mit Rücksicht auf das Urteil des RFH. v. 16. Dez. 1931 (RFH. 30, 114) trotz der niedrigen Anfangsbilanz v. 1. Aug. 1924 in der Anfangsbilanz v. 1. Aug. 1926 die Effekten nicht höher eingesetzt werden durften. Ob diese Rspr. in dem Urteil berücksichtigt worden ist, geht aus dem nur kurz mitgeteilten Tatbestand nicht mit Sicherheit hervor. Aber abgesehen davon ist es sehr zweifelhaft, ob, nachdem nun einmal auf Grund einer rechtskräftigen Veranlagung in der Schlußbilanz v. 31. Juli 1926 die Werte entsprechend höher eingestellt worden waren, dieser höhere Wert nicht auch in der Anfangsbilanz v. 1. Aug. 1926 beibehalten werden durfte. Meines Erachtens *kann* der Wert der letzten Schlußbilanz nicht nur übernommen werden, sondern er *muß* übernommen werden. Dies folgt aus § 13 EinkStG. a. F. Danach ist als Gewinn der nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung für den Schluß des Steuerabschnitts ermittelte Überschuß des Betriebsvermögens über das Betriebsvermögen, das am Schlusse des vorangegangenen Steuerabschnitts der Veranlagung zugrunde gelegen hat, anzusehen. Deshalb mußte der höhere Effektenwert, der in der Schlußbilanz v. 31. Juli 1926 ausgewiesen ist, auf die Anfangsbilanz v. 1. Aug. 1926 übernommen werden. Der 6. Sen. des RFH. hat in dem oben mitgeteilten Urt. v. 10. Okt. 1934 einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen. Er kann sich für seine Auffassung auf *Becker*, Kommentar zum EinkStG., §§ 19 bis 21 Anm. 176 berufen. *Becker* legt hier Gewicht darauf, daß die nach § 13 geltenden Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung maßgebend sein sollen, und daß die Bewertungsvorschriften des EinkStG. zu beachten sind. Auf die Gewinnermittlung findet also in der Tat § 20 EinkStG. Anwendung. Daraus folgt aber nicht, daß als Anfangsbilanz ein niedrigeres Vermögen als dasjenige, welches am Schlusse des vorangegangenen Steuerabschnitts der Veranlagung zugrunde gelegen hat, als Berechnungsfaktor für den Gewinn des nächsten Jahres dienen darf. Es kommt nicht darauf an, ob der bereits auf Grund einer rechtskräftigen Veranlagung versteuerte Gewinn zutreffend ermittelt worden ist; vielmehr ist einfach das Schlußbilanzvermögen auf das nächste Jahr zu überneh-

steuerrechtliche Vorschr. verstoßende, mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung in Einklang stehende Handelsbilanz auch steuerlich maßgebend ist (vgl. z. B. I A 807/28 v. 11. Febr. 1930: RStBl. 1930, 153; StW. 1930 Nr. 557, I A a 213/29 v. 12. Nov. 1929; RStBl. 1929, 660; StW. 1929 Nr. 1031 und I A a 345/31 v. 9. Dez. 1931; RStBl. 1932, 147). Diese grundsätzliche Bindung der Steuer- an die Handelsbilanz gilt auch bzgl. der Bilanzierungsmethode. Im Streitfall ist die BeschwF. in der Handels- und Steuerbilanz gleich verfahren, so daß ein Unterschied zwischen beiden Bilanzen nicht besteht. Es kommt daher darauf an, ob das Verfahren der BeschwF. in der Handelsbilanz mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung in Einklang steht, und ob im Falle der Bejahung etwa steuerrechtliche Vorschr. zwingend ein anderes Verfahren erheischen. Daß die Bilanzierung so, wie sie in der Handelsbilanz vorgenommen ist, gegen die Buchführungsvorschriften des HGB. verstoßen hätte, wird auch von den Vorinstanzen nicht behauptet. Dem FinGer. ist zwar darin zuzustimmen, daß es im Interesse der Bilanzklarheit richtiger gewesen wäre, wenn die BeschwF. die Umbaukosten aktiviert hätte und anderseits der Wertminderung der Bankgebäude durch entsprechende Abschreibungen Rechnung getragen hätte. Wenn die BeschwF. diese beiden Vorgänge in der Weise vereinigt hat, daß es sowohl von einer Aktivierung der Umbaukosten als auch von einer Abschreibung auf die Bankgebäude in gleicher Höhe Abstand genommen hat, so ist durch dieses Verfahren das Bilanzergebnis aber weder im allgemeinen noch insbes. bei der in Betracht kommenden Bilanzposition berührt worden. Ob die Vorschr. der §§ 261 a, 261 c der Aktienrechtsnovelle v. 19. Sept. 1931 (RGBl. 1931, I, 493) für die nach ihrem Inkrafttreten laufenden Steuerabschnitte nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen würden, braucht hier nicht untersucht zu werden, da sie für das hier streitige, vor dem 1. Okt. 1931 begonnene Steuerjahr noch keine Geltung hatten (Art. 2 Abs. 2 DurchfVO. v. 15. Dez. 1931 [RGBl. I, 760]).

Dem in der Handelsbilanz eingeschlagenen Bilanzierungsverfahren stehen auch steuerrechtliche Vorschr. nicht entgegen. Zutreffend ist die Auffassung des FinGer., daß die Aktivierung der Umbaukosten, die eine Werterhöhung der Bankgebäude zur Folge hatten, steuerlich zwingend war. Nicht zwingend war aber, den Umbau selbständig zu bilanzieren. Der RFH. hat zwar anerkannt, daß ein Umbau nach seiner Vollendung zunächst selbständig zu bewerten ist (vgl. z. B. VI A 1307/30 v. 27. Jan. 1932: RStBl. 1932, 473; StW. 1932 Nr. 387 und VI A 2137/30 v. 2. März 1932: RFH. 30, 175; RStBl. 1932, 333; StW. 1932 Nr. 433). In dem letztgenannten Urteil ist jedoch ausgesprochen, daß bei der ersten Bilanzaufstellung nach dem Umbau der Pflichtige die Wahl hat, entweder den Teilwert oder die tatsächlichen Herstellungskosten dem Buchwert der Gebäude zuzurechnen. Die BeschwF. bestreitet nicht, daß sie die Umbaukosten zu aktivieren hatte. Aus ihrem Vorbringen ergibt sich, daß dies durch Zurechnung zu dem Buchwert der Gebäude geschehen sollte. Da die BeschwF. anderseits der Auffassung war, daß der gemeine Teilwert ihrer Bankgebäude infolge der wirtschaftlichen Verhältnisse im Steuerjahr um mindestens die Höhe der Umbaukosten unter den Buchwert gesunken sei, war sie grundsätzlich berechtigt, Abschreibungen auf die Bankgebäude in Höhe der Umbaukosten zu machen. Wenn sie dieses steuerlich zulässige Ergebnis in der Weise zu erreichen suchte, daß sie — wie in der Handelsbilanz — weder die Aktivierung auf dem Gebäudekonto noch die zulässigen Abschreibungen auf diesem Konto vorgenommen hat, so bedeutete dies insoweit keinen Verstoß gegen die steuerlichen Vorschr., als der gemeine Wert der Bankgebäude tatsächlich unter den Buchwert gesunken war.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 16. Okt. 1934, I A 183/34.)

*

3. § 10 KörpStG. Wenn eine GmbH. ihren Gesellschaftern unverzinsliche Darlehen gewährt, die bei der nächsten Gewinnverteilung in Anrechnung gebracht werden sollen, und wenn die Gesellschaft in der Körperschaftssteuererklärung die Frage, ob Gewinne ausgeschüttet seien, verneint (oder unbeantwortet läßt), so kann sie nicht später ihrer eigenen Steuererklärung zuwider geltend machen, daß die Darlehen bereits Gewinnausschüttungen in den Jahren der Darlehnsgewährung gewesen seien.

Streitig ist, ob das FinA. berechtigt war, für das Geschäftsjahr 1929/30 einen Betrag von 24 000 RM im Wege der Berichtigungsveranlagung zur Mindeststeuer heranzuziehen. Die Buchprüfung hatte ermittelt, daß sich die vier Gesellschafter der beschwerdeführenden GmbH. in den Geschäftsjahren 1926/27 und 1927/28 je 3000 RM als Darlehen von der Gesellschaft hatten auszahlen lassen; diese Darlehen von zusammen 24 000 RM sollten bei der nächsten Gewinnverteilung in Anrechnung gebracht werden. Da in den nächsten Jahren kein Gewinn verteilt wurde, hat die Gesellschaft im Geschäftsjahr 1929/30 den Gesellschaftern die Forderungen erlassen und über Verlust abgebucht.

Der den Gesellschaftern gewährte Erlaß der 24 000 RM wurde für 1929/30 als verdeckte Gewinnausschüttung zur Mindestbesteuerung herangezogen. Einspruch und Ber. blieben erfolglos. Auch die RBeschw. ist unbegründet.

Die BeschwF. meint, daß, wenn überhaupt Mindestbesteuerung in Frage käme, der im Geschäftsjahr 1929/30 gewährte Erlaß hierfür auszuscheiden habe; es könne vielmehr nur die Zuwendung der Gelder in den Geschäftsjahren 1926/27 und 1927/28 die Mindestbesteuerung begründen. Es handle sich nicht um Darlehen, sondern um Vorschüsse auf erhofften Gewinn, die mit ihrer Gewährung bereits in das Vermögen des Empfängers überführt seien. Dieser Auffassung widerspricht aber die Behandlung in den Büchern der Gesellschaft, in denen die Zuwendungen als Forderungen an die Gesellschafter aktiviert sind. Der in der RBeschw. aufgestellten Behauptung, diese Buchung sei unrichtig gewesen, kann nicht gefolgt werden. Hatte die Absicht bestanden, die Entnahmen durch späteren Gewinn auszugleichen, so bleiben die Entnahmen zunächst, nämlich bis die Verrechnung auf entstandene Gewinnansprüche möglich war, Anleihen bei der Gesellschaft.

Der 6. Sen. hat im Urt. v. 8. Aug. 1929, VI A 1222/28 (RStBl. 1929, 586) allerdings bei einer Einmanngesellschaft ausgesprochen, daß die Entnahme des Gesellschafters selbst schon verdeckte Gewinnausschüttung sein könne, wenn der Gesellschafter nicht die Absicht hatte, diese Gelder dem Geschäft wieder zuzuführen, sondern lediglich in späteren Jahren die entnommenen Beträge mit den erwarteten Gewinnen verrechnen wollte. Ob diese auf die Einmanngesellschaft abgestellten Erörterungen auch für andere Gesellschaften zutreffen, kann dahingestellt bleiben. Wie in dem angeführten Urteil betont ist, kommt es auf die Willensrichtung der Beteiligten an, ob die entnommenen Beträge in das Vermögen des Entnehmenden übergehen sollen. Im vorl. Falle sind aber besondere Umstände gegeben, die gegen den Willen der Beteiligten sprechen, daß die Entnahmen bereits endgültig zugewendet sein sollten. Die Entnahmen sind als Forderungen an die entnehmenden Gesellschafter verbucht (während sie im Falle des Urt. v. 8. Aug. 1929 als Kassenbestand weitergeführt wurden). Zudem aber hat die BeschwF. in den Steuererklärungen 1926/27 und 1927/28 die Frage nach den ausgeschütteten Gewinnen unbeantwortet gelassen und damit zu erkennen gegeben, daß sie die Entnahmen nicht als Ausschüttungen angesehen hat. Den Inhalt ihrer eigenen Steuererklärungen muß sie gegen sich gelten lassen.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 23. Okt. 1934, I A 137/34.)

*

4. § 13 KörpStG.; § 16 Abs. 2 u. 3 EinkStG. Wenn eine Gesellschaft Absetzungen für Abnutzung in der Handelsbilanz in einem Betrage darstellt und im übrigen dartut, wie sich dieser Betrag auf die einzelnen Gegenstände verteilen soll, dann kann die Steuerbehörde die Zulassung von Absetzungen nicht mit der Begr. verweigern, es liege eine unzulässige Gesamtabschreibung auf mehrere verschiedene Gegenstände vor. Die Steuerbehörde hat in einem solchen Falle den Gesamtbetrag auf die einzelnen Gegenstände zu zerlegen und zu prüfen, ob die geltend gemachten Absetzungen für die einzelnen Gegenstände der Höhe nach zulässig sind.

(RFH., 1. Sen., Urt. v. 30 Okt. 1934, I A 179/34.)

---

men, und nur bei der Berechnung des Gewinnes des nächsten Jahres gelten die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und die gesetzlichen Vorschr. für die Bewertung. Wenn man schon einen vorgekommenen Fehler korrigieren will, dann muß man das vorhergehende Jahr berichtigen. Wenn dies nicht möglich ist, muß man in der Anfangsbilanz den Fehler vortragen und muß sich jedenfalls damit begnügen, in der Schlußbilanz den Fehler zu berichtigen. Es mag sein, daß bei dieser Methode der StPfl. u. U. einmal einen Vorteil erzielen kann, nämlich dann, wenn er in einem Verlustjahre Gegenstände des Betriebsvermögens überbewertet hat. Dies muß aber in Kauf genommen werden angesichts der außergewöhnlich ungerechten Folgerungen, welche sich dann ergeben können, wenn willkürlich die Anfangsbilanzen berichtigt werden. Gerade der Fall, über den der RFH. hier entschieden hat, ist ein Schulbeispiel hierfür: Der StPfl. hatte einen noch nicht realisierten Gewinn versteuert. Nachdem das FinA. die hierauf liegende Steuer entgegengenommen hat, können die Effekten in der Anfangsbilanz nicht wieder heruntergeschraubt werden, wodurch bewirkt wird, daß im Verkaufsfall der bereits versteuerte Gewinn nochmals versteuert werden müßte.

RA. Dr. Erler, Dresden.

5. § 1 Nr. 1 UmsStG. Die Bezirksdirektoren der Deutschen Reichs-Postreklame-GmbH. sind mit ihren Provisionen umsatzsteuerpflichtig.
(RFH., 5. Sen., Besch. v. 29. Juni 1934, Urt. v. 24. Okt. 1934, V A 555/33.)

*

× **6.** §§ 1 Nr. 1, 8 Abs. 1 UmsStG. 1932. Stellt ein Gewerbetreibender in öffentlichen Gaststätten Warenautomaten auf, deren laufende Füllung er selbst für eigene Rechnung und Gefahr besorgt, so ist er als Verkäufer der Waren an die Verbraucher mit dem durch die Automaten erzielten Erlös einschließlich des den Gaststätteninhabern zufließenden Erlösanteils umsatzsteuerpflichtig.
(RFH., 5. Sen., Urt. v. 2. Nov. 1934, V A 339/34 S.)

Reichspatentamt

Berichtet von den Oberregierungsräten Dr. Giese und Bindewald, Berlin

[** Wird in der amtlichen Zeitschrift „Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen" abgedruckt.]

1. § 31 RPatG.; § 91 ZPO. Im Nichtigkeitsverfahren können Kosten der Reise einer Partei zur Wahrnehmung eines Zeugentermins auch neben den Reisekosten seines Vertreters erstattungsfähig sein.

Durch den angef. Beschl. hat die Nichtigkeitsabteilung die dem Bekl. laut Entsch. v. 26. April 1934 vom Kl. zu erstattenden Kosten auf insgesamt 1001,40 *RM* festgesetzt, darunter 67 *RM* Kosten einer Reise des Bekl. von seinem Wohnsitze Kaiserslautern nach Bielefeld zur Wahrnehmung des Beweistermins beim dortigen AG. am 23. Okt. 1933 (Vernehmung des vom Kl. zur Frage der offenkundigen Vorbenutzung genannten Zeugen).

Zur Begr. führt der Kostenschuldner lediglich aus, die Wahrnehmung des erwähnten Zeugentermins durch den Bekl. sei angesichts der Teilnahme seines PatAnw. an diesem Termin unnötig gewesen.

Der Beschw. war der Erfolg zu versagen. Nach Lage der Sache erschien es durchaus billig und entsprach auch der Amtsübung, die Anwesenheit des Bekl. in Gemeinschaft mit seinem Vertreter in dem Bielefelder Termin als zweckdienlich und demgemäß die allen beiden hierdurch erwachsenen Kosten als erstattungsfähig zu erachten. Denn erfahrungsgemäß ist regelmäßig damit zu rechnen, daß bei Gelegenheit von Zeugenvernehmungen im Nichtigkeitsstreit durch ein ersuchtes Gericht über die Frage der offenkundigen Vorbenutzung für die Entsch. wichtige Fragen oder Zweifel auftauchen, zu deren sofortiger Klärung der Parteivertreter allein mangels Information nicht in der Lage ist, vielmehr häufig nur die Partei selbst beitragen kann, insbes. durch geeignete Vorhaltungen an die Zeugen.

(RPatA., 13. BeschwSen., Entsch. v. 20. Nov. 1934, P 60616 XII/81 c XIII B 313/34.) [Bb.]

*

2. Kann Überbürdung im Arbeitsdienst als unabwendbarer Zufall angesehen werden? Überschreitung der Frist für das Wiedereinsetzungsgesuch.

Zutreffend hat die Patentverwaltungsabteilung die vom Antragsteller erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist für die Zahlung der vierten Jahresgebühr aus der Erwägung abgelehnt, daß der Antragsteller trotz seiner Tätigkeit im Arbeitsdienst immerhin Zeit gehabt haben müsse, seine Vertreter durch eine kurze Postkarte mit der Zahlung der Gebühr zu beauftragen.

Seine hiergegen gerichtete Beschw. sucht er durch die Behauptung zu stützen, er habe für die Dauer seiner Arbeitsdienstzeit seinen Vater mit der Erledigung seiner Obliegenheiten, insbes. der das Patent betreffenden Angelegenheiten, betraut, und dieser habe die Zahlung ohne Verschulden des Antragstellers unterlassen. Die im Zwischenbescheide v. 2. Okt. 1934 geäußerten Bedenken des Sen. gegen die Rechtzeitigkeit dieses neuen Vorbringens hat der Antragsteller durch seine Äußerung v. 18. Okt. 1934 nicht entkräftet. Ursprünglich hatte er dargelegt, obwohl seine Patentanwälte ihn an die Entrichtung der Gebühr erinnert hätten, habe er die Zahlung infolge seiner Überbürdung im Arbeitsdienst versäumt. Im Widerspruche hierzu behauptet der Anmelder im zweiten Rechtszuge (längst nach Ablauf der gesetzlichen zweimonatigen Antragsfrist), sein Vater habe die Überschreitung der Zahlungsfrist versäumt. Diese Behauptung läßt sich unmöglich, wie der Antragsteller möchte, als eine bloße erläuternde Ergänzung des ersten (fristgerecht eingereichten) Vorbringens werten, stellt vielmehr eine selbständige neue Angabe dar, die als zu spät erfolgt für die Entsch. nicht mehr verwertbar ist. Im übrigen könnte die Beauftragung des Vaters den Antragsteller schwerlich entlasten, hat doch nach seiner eigenen eidesstattlichen Versicherung v. 13. Jan. 1934 offenbar nicht sein Vater, sondern er selbst von seinen Patentanwälten die Zahlungsmahnung erhalten. Unter diesen Umständen hätte er mindestens diese Aufforderung an seinen Vater weiterleiten müssen.

Die Beschw. mußte hiernach erfolglos bleiben, ohne daß es einer Prüfung der Frage bedurfte, ob in der auffallend späten Erhebung der Beschw. (fast ein halbes Jahr nach Zustellung des angef. Beschl.) ein Verschweigen des Beschwerderechtes zu erblicken ist (vgl. Lutter, PatG. 1928, 189 b).

(RPatA., 13. BeschwSen., Entsch. v. 6. Nov. 1934, 30 c F 4/30 XIII B 293/34.) [Bb.]

II. Länder

Oberverwaltungsgerichte

Preußen

Preußisches Oberverwaltungsgericht

1. §§ 4 ff., 69 ff. KommAbgG.; AnpassG. v. 15. Dez. 1933 (PrGS. 479); PrLVG.

I. In kommunalen Abgabenstreitigkeiten sind für die Frage der Beschwerdesumme die Einzelbeträge zusammenzurechnen, wenn derselbe Pflichtige zu der gleichen Abgabenart für mehrere Grundstücke herangezogen ist und sich dagegen in einheitlicher Klage richtet.

II. Nach § 6 AnpassG. v. 15. Dez. 1933 haben jetzt auch bei einer Besetzung des BezVerwG. mit einer geraden Zahl von Mitgliedern alle Mitglieder an der Abstimmung teilzunehmen, bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

III. Es ist auch im Verwaltungsstreitverfahren ein allgemein geltender Grundsatz, daß der Richter nicht über den Antrag der Parteien hinausgehen darf.

IV. Das Einspruchsverfahren in kommunalen Abgabensachen ist lediglich eine Prozeßvoraussetzung für das Verwaltungsstreitverfahren, nicht aber Teil desselben.

V. Der Mangel der Unterschrift unter der Einspruchsschrift ist bedeutungslos, wenn keine Zweifel darüber bestehen, wer der Einspruchserheber ist, und daß er den Willen zum Einspruch hat.

VI. Eine GebO. kann eine Zusatzgebühr nach der Zahl der im Gebäude gegen Entgelt Beschäftigten und eine solche nach dem Umfange der zugeführten Abwässermenge vorsehen. Als willkürlich kann eine Gebührenregelung nur bezeichnet werden, wenn der Maßstab aus Umständen und Verhältnissen entnommen ist, die mit der Art der Benutzung nichts zu tun haben. Bei einer Kanalisationsgebühr können daher nur solche Umstände herangezogen werden, die auf Art und Menge der Abwässer von Einfluß sind; dazu gehört der Gebäudesteuernutzungswert sowohl wie die Bewohnerzahl, Beschäftigtenzahl, Gewerbebetriebsart, aber auch die Wasserentnahme.

Die Kl. besitzt in E. zwei Hausgrundstücke, Cirksenastr. 28 und Osterstr. 1/2. Für jedes dieser Grundstücke ist am 8. Aug. 1933 eine Heranziehung ergangen. Für Cirksenastraße enthält der Steuerzettel, der außer einer Kanalisationsgrundgebühr und Müllabfuhrgebühr eine Kanalisationszusatzgebühr berechnet, den Gesamtbetrag von 404 *RM*. In einer Anm. zu der Zusatzgebühr ist gesagt, es kämen 118 *RM* für 59 Angestellte und 50 *RM* für die 2000 cbm Abwässer übersteigende Menge in Betracht. In der Heranziehung für Osterstraße 1/2 enthält der Steuerzettel den Gesamtbetrag von 1650 *RM*, wobei ebenfalls eine Kanalisationszusatzgebühr in Rechnung gestellt ist. In der Anmerkung zu dieser Zusatzgebühr ist gesagt, 570 *RM* berechneten sich nach 285 Angestellten und 200 *RM* nach der 2000 cbm übersteigenden Abwässermenge.

Der Einspruch der Kl. wurde zurückgewiesen.

Das Bezirksverwaltungsgericht hat die beiden Veranlagungsbescheide v. 8. Aug. 1933 aufgehoben und die Kl. von den festgesetzten Gebühren freigestellt. Hiergegen richtet sich die Rev.

I. Die Rev. gegen Entsch. in kommunalen Abgabenstreitigkeiten ist an sich zulässig. Sie ist auch begründet. Fraglich kann sein, ob die jetzt 500 *RM* betragende Beschwerdesumme erreicht ist. Es handelt sich um getrennte Heranziehung für zwei Gebäude. In einem Verwaltungsstreitverfahren kann im Einzelfall gleichzeitig von ein und demselben Pflichtigen eine einheitliche Klage gegen Abgaben für mehrere Steuerjahre oder mehrere, verschiedenartige Abgaben für denselben Steuerabschnitt oder gleiche oder verschiedenartige Abgaben für mehrere Grundstücke erhoben sein, wobei zwar die Gesamtsumme der streitigen Abgaben die Beschwerdesumme übersteigt, die einzelne Abgabenart oder die Abgabe für das einzelne Steuerjahr aber nicht. Es

kommt dann für die Zulässigkeit der Rev. darauf an, ob hinsichtlich der Beschwerdesumme eine Trennung oder eine Zusammenrechnung stattzufinden hat. Vorliegend ist das Grundstück Cirksenastraße 28 zu insgesamt 404 *RM* herangezogen. Für dieses Grundstück wird die Beschwerdesumme von 500 *RM* nicht erreicht. Wie der Gerichtshof aber in seiner Entsch. v. 24. Nov. 1931, II C 112/31 (R.- u. PrVerwBl. 53, 376), bereits dargelegt hat, sind für die Frage der Beschwerdesumme die Einzelbeträge zusammenzurechnen, wenn derselbe Pflichtige zu der gleichen Abgabenart für mehrere Grundstücke herangezogen ist und sich dagegen in einheitlicher Klage wendet. Bei Zusammenrechnung der Einzelbeträge ist vorliegend die Beschwerdesumme überschritten. Die Rev. ist mithin zulässig.

II. Die Vorentsch. war zunächst schon aus zwei formellen Gründen aufzuheben.

Das Bezirksverwaltungsgericht hat in einer Besetzung von sechs Mitgliedern verhandelt. Im Protokoll ist gesagt, daß das sechste Mitglied an der Abstimmung nicht teilgenommen habe. Dies entsprach der früheren Gesetzeslage. Nach § 6 des seit dem 1. Jan. 1934 in Kraft gesetzten Anpassungsgesetzes v. 15. Dez. 1933 (GS. 479) gilt dies jedoch nicht mehr. Vielmehr haben jetzt auch bei einer Besetzung des Gerichts mit einer geraden Zahl von Mitgliedern alle Mitglieder an der Abstimmung teilzunehmen, bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag. Diese falsche Besetzung des Gerichts ist ein wesentlicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung der Vorentsch. nötigt. Denn es ist möglich, daß bei Mitwirkung des sechsten Richters bei der Abstimmung ein anderes Ergebnis zustande gekommen wäre, insbesondere kann dadurch verhindert sein, daß bei Stimmengleichheit das dem nationalsozialistischen Führerprinzip entsprechende ausschlaggebende Gewicht der Stimme des Vorsitzenden zur Geltung gekommen ist.

III. Ein weiterer formaler Mangel der Vorentsch. liegt darin, daß der Vorderrichter über den Klageantrag hinausgegangen ist. Er hat die beiden Veranlagungen uneingeschränkt aufgehoben und die Kl. auch uneingeschränkt von den festgesetzten Gebühren freigestellt.

Der Einspruch und die Klage stützen sich aber lediglich auf die Ungültigkeit des § 6 GebO. für die Kanalisation. Daraus ist ersichtlich, daß die Kl. auch nur die Freistellung von den Gebühren verlangt, die auf Grund dieser Ordnung erhoben sind. Dagegen hat die Kl. gegen die Berechtigung der auf einer anderen Ordnung beruhenden Müllabfuhrgebühren weder im Einspruchs- noch im Klageverfahren irgend etwas vorgetragen, beide Gebühren stehen auch sonst in keinem rechtlichen Zusammenhang oder Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Es ist aber ein auch im Verwaltungsstreitverfahren geltender allgemeiner Grundsatz, daß der Richter nicht über den Antrag der Partei hinausgehen darf. Auch die Verletzung dieses Grundsatzes durch den Vorderrichter ist ein wesentlicher Verfahrensmangel, der zur Aufhebung der Vorentsch. nötigt.

IV. Beide Verfahrensmängel geben jedoch keinen Anlaß zur Zurückverweisung der Sache. Keinesfalls könnte dem in der RevInst. seitens des Bekl. gestellten Antrage, die Sache wieder in das Einspruchsverfahren zurückzuverweisen, entsprochen werden. Das Einspruchsverfahren ist keine „Instanz" i. S. des § 99 LVG., als solche kommen nur die Instanzen des Verwaltungsstreitverfahrens in Frage. Das Einspruchsverfahren, insbes. der Einspruchsbescheid in kommunalen Abgabensachen, ist lediglich eine Prozeßvoraussetzung für das Verwaltungsstreitverfahren, nicht aber ein Teil desselben.

Einer Zurückverweisung in die Vorinstanz bedarf es nicht, da die Sache spruchreif erscheint.

V. Nicht durchgreifend ist allerdings der Einwand des Bekl., der Klage fehle die Grundlage, weil kein wirksamer Einspruch vorliege, da der Einspruch nicht handschriftlich unterschrieben sei, sondern das Faksimile einer Namensschrift, einen Gummistempeldruck, als Unterschrift trage. Wie der Gerichtshof mehrfach entschieden hat (vgl. VII C 279/14 und II C 254/13 im PrVerwBl. 36, 295 u. 600; von Lympius-von Elbe, KommAbgG., S. 166), ist der Mangel der Unterschrift unter der Einspruchsschrift bedeutungslos, wenn keine Zweifel darüber bestehen, wer der Einsprucherheber ist, und daß er den Willen zum Einspruch hat. Solche Zweifel kommen hier aber nicht in Frage, da die Person des Einsprechenden aus dem Kopf des benutzten Briefbogens ersichtlich ist und der Wille, Einspruch zu erheben, von dem Vorderrichter einwandfrei durch die Feststellung als erwiesen angesehen ist, daß die Urschrift des Einspruchs in den Akten der Kl. von dem zuständigen Beamten eigenhändig gezeichnet ist, und zwar von demjenigen, dessen faksimilierter Namenszug unter der Einspruchsschrift steht.

VI. Ein Gleiches kann jedoch nicht gelten für die Annahme der Ungültigkeit des Ortsrechts, welche den Vorderrichter zur Freistellung veranlaßt hat. Nach der Ordnung der Stadtgemeinde E. über die Erhebung von Beiträgen zu den Kosten der Herstellung der Kanalisation und von Gebühren für ihre Benutzung zerfällt die Kanalgebühr in eine Grundgebühr und eine Zusatzgebühr (§ 4).

In § 5 sieht die Ordnung eine Grundgebühr und eine, gegebenenfalls zwei Zusatzgebühren vor. Die Grundgebühr wird nach dem Gebäudesteuernutzungswert, wo solcher fehlt, nach einem unter Berücksichtigung der gesetzlichen Vorschr. vom Magistrat zu errechnenden fingierten Gebäudesteuernutzungswert berechnet. Der Gebäudesteuernutzungswert ist wiederholt vom Gerichtshof als Maßstab zugelassen (vgl. z. B. R.- u. PrVerwBl. 53, 376). Es bestehen auch keine Bedenken gegen den fingierten Gebäudesteuernutzungswert, da ausdrücklich festgelegt ist, daß dieser nach den sonst geltenden gesetzlichen Vorschr. zu errechnen ist, eine willkürliche Ermittlung also ausgeschlossen ist (OVG. 70, 144).

§ 6 behandelt die Zusatzgebühren. Gebühren müssen nach dem Grundsatz von Leistung und Gegenleistung aufgebaut sein, und der Grundsatz der Steuergleichheit erfordert es, daß für gleiche Leistungen auch nur gleiche Gegenleistungen vorgesehen werden dürfen. Kann aber der Wert der Leistung der Gemeinde nicht absolut festgestellt werden (wie es z. B. bei Wasserentnahme durch einen Wassermesser möglich ist), sondern nur annähernd durch Wahrscheinlichkeitsfaktoren (wie bei der Aufnahme von Abwässern durch die Kanalisation), dann ist es zulässig, zur Erreichung einer möglichst großen Annäherung von Leistung und Gegenleistung für solche Fälle, in denen die gemeindliche Anlage in besonderer Art oder besonderem Umfang benutzt wird, Zusatzgebühren zu erheben. Dies hat der Gerichtshof wiederholt anerkannt. Gegen Zusatzgebühren an sich sind also keine Bedenken zu erheben.

Die vorl. GebO. sieht nun in § 6 eine Zusatzgebühr nach der Zahl der im Gebäude gegen Entgelt Beschäftigten und eine solche nach dem Umfang der zugeführten Abwässermenge vor.

Eine Zusatzgebühr nach der Zahl der beschäftigten Arbeiter ist z. B. in II C 5/30 (R.- u. PrVerwBl. 51, 711) zugelassen. Das gleiche gilt auch für den Fall, daß bei einem Grundstück beide Zusatzgebühren nebeneinander gleichzeitig zur Hebung kommen. Es liegt hier keine doppelte Besteuerung desselben Tatbestandes vor, vielmehr sind die Gründe, die zu Mehraufwendungen bei der Gesamtanlage geführt haben, in beiden Fällen ganz verschiedene, und keineswegs bedingt eine große Anzahl Beschäftigter zugleich auch eine große Menge von Abwasser. Ist dies aber einmal der Fall, dann treffen auch die an sich verschiedenen Gründe für die beiden Zusatzgebühren zu. Anderseits ist es sehr wohl denkbar, daß trotz zahlreicher Beschäftigter die Menge des Abwassers gering ist, wie anderseits auch bei wenigen Beschäftigten, z. B. Wäschereien, Badeanstalten und sonstigen, viel Abwasser hervorrufenden Betrieben, eine große Menge Abwasser erzeugt wird, so daß jeweils nur die eine Zusatzgebühr in Betracht kommt. Erreicht wird jedenfalls, daß derjenige, der nach Art oder Umfang besonders geartete Abwässer abführt, zu den dadurch entstandenen Mehrkosten besonders herangezogen wird. Dadurch wird mangels Fehlens eines geeigneten absoluten Maßes die größtmöglichste Wahrscheinlichkeit erreicht, daß jeder Pflichtige eine annähernd der Leistung der Gemeinde entsprechende Gegenleistung gewährt. Von Steuerungleichheit kann dabei nicht die Rede sein, da diese nur dann vorliegt, wenn steuerlich gleiche Vorgänge verschieden belastet werden. Hier ist die Benutzung aber nach Art oder Menge verschieden. Staffelung der Steuersätze nach dem Umfang der Benutzung ist aber nicht unzulässig (vgl. OVG. 51, 59).

Ist sonach gegen den Grundgedanken der beiden Zusatzgebühren, gegen die Abgrenzung des die erhöhte Steuerpflicht begründenden Tatbestandes nichts einzuwenden, so bleibt noch zu prüfen, ob im einzelnen, insbes. hinsichtlich der Gebührenberechnung, der ihr zugrunde liegenden Maßstäbe Bedenken zu erheben sind.

Die Grundlage der ersten Zusatzgebühr bildet „für Gebäude, in denen mehr als zehn Personen gegen Entgelt beschäftigt werden, die Zahl dieser Personen nach dem Durchschnitt des letzten zur Zeit der Veranlagung abgelaufenen Kalenderjahres. Für die Berechnung des Durchschnitts ist maßgebend die Zahl der am ersten Werktage der einzelnen Monate beschäftigt gewesenen Personen. Als beschäftigt im Sinne dieser Ordnung gelten diese nur dann, wenn sie sich werktäglich und regelmäßig mindestens fünf Stunden in dem Gebäude aufhalten."

Dem Wortlaut nach würde dies aber auch auf Wohngebäude zutreffen, in denen mehr als zehn Hausangestellte beschäftigt werden, oder in denen Personen, z. B. als Heimarbeiter, wohnen, die dort ihrer Arbeit nachgehen. Sollte dies die Absicht des Ortsgesetzgebers gewesen sein, so würde die Anwendung der Best. nicht ohne Bedenken sein. Es scheint aber, daß der Ortsgesetzgeber nur solche Beschäftigte im Auge gehabt hat, die, ohne Hausbewohner zu sein, nur in dem Gebäude beschäftigt werden, zumal die Best. an die Stelle der nur gewerbliche Betriebe erfassenden Best. des früheren Ortsrechts getreten ist. Bei dieser Auslegung ist das Ortsrecht unbedenklich.

Die erste Zusatzgebühr wird nach der Beschäftigtenzahl, die zweite nach der Abwässermenge, als deren Maß die Wasserentnahme aus der städtischen Wasserleitung zugrunde gelegt wird, berechnet. In beiden Fällen werden die Verhältnisse (Beschäftigtenzahl und Wasserentnahme) des Vorjahres als maßgebend bezeichnet. Beidemal handelt es sich um sog. Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe, welche nötig sind, da das Maß der Benutzung weder nach Art noch nach Menge absolut sicher mit

technischen Mitteln gemessen werden kann. Die Kl. und mit ihr das Bezirksverwaltungsgericht halten diese Art der Gebührenregelung für unzulässig, weil hier eine willkürliche Kombination von zwei oder gar vier Wahrscheinlichkeitsfaktoren vorliege und dieses der Rspr. des PrOVG., insbes. der Entsch. R.- u. PrVerwBl. 53, 374 widerspreche. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Als willkürlich kann eine Gebührenregelung nur bezeichnet werden, wenn der Maßstab nicht der Leistung wesensgleich ist, d. h. wenn er aus Umständen und Verhältnissen entnommen wird, die mit der Art der Benutzung nichts zu tun haben. Bei einer Kanalisationsgebühr können daher nur solche Umstände herangezogen werden, welche auf Art und Menge der Abwässer von Einfluß sind, dazu gehört der Gebäudesteuernutzungswert sowohl wie Bewohnerzahl, Beschäftigtenzahl, Gewerbebetriebsart usw. Aber auch die Wasserentnahme bietet einen nicht absolut ungeeigneten Maßstab, weil eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß ungefähr die gleiche Menge nach der Benutzung durch den Menschen wieder der Abwässerleitung zugeführt wird. Willkür kann ferner vorliegen, wenn der Gemeinde die Möglichkeit gegeben ist, zwischen verschiedenen Maßstäben nach Belieben im Einzelfall zu wählen; denn das würde u. U. eine ungleichmäßige Behandlung der Pflichtigen bedeuten. Eine solche Regelung enthält das Ortsrecht hier aber nicht.

Daß die GebO. zusätzliche Gebühren sowohl nach der Beschäftigtenzahl wie nach der Abwässermenge erhebt, kann nicht als eine willkürliche Verquickung mehrerer Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe angesehen werden. Es handelt sich um Zuschläge zur Grundgebühr, welche jeweils einen besonderen Fall — nach Art oder Menge — erhöhter Inanspruchnahme der Veranstaltung treffen sollen und dabei die Ursache der erhöhten Inanspruchnahme — die Art oder den Umfang derselben — zur Grundlage der Berechnung des Zuschlags machen. Eine Kombination beider tritt nur bei dem Steuerpflichtigen ein, bei dem auch die Voraussetzungen für beide gegeben sind. Wird er dann kumulativ mit beiden Zuschlägen belastet, so ist das nicht Willkür, sondern entspricht der Art seiner Benutzung, führt also zu einer der tatsächlichen Benutzung möglichst angenäherten Gegenleistung.

Wenn der GebO. der Vorwurf gemacht wird, sie enthalte vier oder fünf willkürlich kombinierte Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe, so ist das nicht richtig. Sie hat für die Grundgebühr einen Wahrscheinlichkeitsmaßstab und je einen für die beiden Zusatzgebühren. Letztere enthalten allerdings in sich je zwei Faktoren, die sich nicht absolut mit dem Maß der tatsächlichen Benutzung decken, einmal die Beschäftigtenzahl bzw. Wasserentnahme und sodann in zeitlicher Hinsicht die Berücksichtigung dieser Faktoren aus dem vorhergehenden Kalenderjahr. Daß ein Maßstab zwei Unsicherheits- oder Wahrscheinlichkeitsfaktoren hat, macht ihn nicht zur willkürlichen Kombination zweier Wahrscheinlichkeitsfaktoren. Jeder Wahrscheinlichkeitsfaktor ist an sich roh und erreicht nur in gewissem Umfange den tatsächlichen Zustand. So deckt sich die Wasserentnahme nur annähernd mit der Abwässerableitung; wird dann aber noch die Wasserentnahme des Vorjahres herangezogen statt der gleichzeitigen, so bedeutet das zwar eine weitere Ungenauigkeit, aber die dadurch bedingte Abweichung von der tatsächlichen Abwässermenge des Steuerjahres ist nicht ohne weiteres eine so starke, daß sie untragbar würde, daß sie jede wahrscheinliche Annäherung an die tatsächlichen Verhältnisse zerstörte. Denn eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht auch dafür, daß der Wasserverbrauch in den einzelnen Jahren annähernd der gleiche bleibt. Überdies gleichen sich Schwankungen in der Wasserentnahme ja dadurch aus, daß eine etwaige geringere Wasserentnahme in dem einen Steuerjahr bei der Berechnung der Gebühr im nächsten Steuerjahr zugunsten des Pflichtigen sich auswirkt. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß hier, wo es sich um eine Jahressteuer handelt, aus steuertechnischen Gründen die tatsächlichen Verhältnisse (sowohl Beschäftigtenzahl wie Wasserentnahme) nur des Vorjahres benutzt werden können, da nur dieses Material zur Zeit der Veranlagung vorliegt. Das Zurückgehen auf das Vorjahr kann daher auch aus praktischen Erwägungen nicht als unzulässig bezeichnet werden, vielmehr bietet es ein aus steuertechnischen Gründen nicht zu entbehrendes Hilfsmittel.

(PrOVG., 2. Sen., Urt. v. 16. Okt. 1934, II C 38/34.)

Ber. von Bürgermeister Isernhagen, Salzwedel

D. Ausländische Gerichte

Schweiz

Schweizer Bundesgericht

1. Devisengesetzgebung. Verneinung des Einflusses derselben auf die Verpflichtung des Schweizer Bürgen und des Hauptschuldners. †)

Die Kl., eine Schweizer Bank, hatte einer Firma in Celle im Februar 1925 ein grundpfändlich versichertes Darlehen von 250 000 GM. gewährt mit Zahlstelle bei einer Schweizer Bank. Die in Zürich domizilierte Bekl. hatte sich solidarisch verbürgt. Als die Abzahlungen infolge der deutschen Devisengesetzgebung ab 1932 von der Schuldnerin nicht mehr an die Zahlstelle überwiesen werden konnten, wurde die Bürgin belangt. Handelsgericht Zürich und Bundesgericht sprachen die Klage zu.

Aus der Begr. des Bundesgerichts:

4. Einfluß auf die Bürgschaft. Die VJ. unterstellt ihrer Beurteilung zunächst die Auffassung der Bekl., daß die Hauptschuldnerin durch die deutsche Devisengesetzgebung von der vertraglichen Pflicht, Goldmark in Zürich zu leisten, befreit worden sei und lediglich dazu verhalten werden könne, in Deutschland auf Sperrkonto bzw. an die Konversionskasse zu bezahlen. Geht man von dieser Voraussetzung aus, so erhebt sich die Frage, ob die Befreiung der Hauptschuldnerin auch die Befreiung der Solidarbürgin zur Folge hat; Einrede aus dem Hauptschuldverhältnis: es wird eine Veränderung der Hauptschuld geltend gemacht.

a) Die akzessorische Natur der Bürgschaft würde dazu führen, die Einrede auch dem Bürgen zu gewähren. Allein tatsächlich ist die Akzessorietät der Bürgschaft keine so absolute. In Art. 506 ist der Grundsatz, daß der Bürge dem Gläubiger die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden entgegenhalten kann, sofort durch den Zusatz eingeschränkt: „soweit er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen ist." Danach müssen dem Bürgen alle diejenigen Einreden abgeschnitten sein, welche sich überhaupt mit dem Zweck der Bürgschaft nicht vertragen. Über den Zweck der Bürgschaft und die sich daraus ergebenden Folgerungen stellt die VJ. Erwägungen an, die nur bestätigt werden können. Bezweckt wird durch die Bürgschaft die Sicherstellung des Gläubigers. Infolgedessen kann sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger nicht auf Befreiungen und Erleichterungen berufen, die dem Schuldner z. B. durch eine Notstundung, einen Nachlaßvertrag, durch Ausstellung eines Verlustscheines und dergleichen gewährt worden sind. Das gilt schon für die einfache Bürgschaft. Der Solidarbürge haftet aber nicht nur, sofern der Hauptschuldner mangels genügenden Vermögens zahlungsunfähig ist, sondern auch für den Fall, daß dieser aus anderen Gründen, die von seiner Vermögenslage unabhängig sind, nicht erfüllen kann oder nicht erfüllen darf. Ein solcher Grund ist das devisenrechtliche Zahlungsverbot, wie es in Deutschland existiert. Ob das Zahlungsverbot, welches in erster Linie eine öffentlich-rechtliche Unterlassungspflicht aufstellt, die zivilrechtliche Nebenwirkung hat, den Hauptschuldner ganz oder zum Teil, dauernd oder vorübergehend, von seiner Schuld zu befreien, ist unerheblich. Diese Nebenwir-

---

Zu 1. Vom Standpunkt der deutschen Gesetzgebung und Rspr. sollen aus der in mannigfacher Beziehung bemerkenswerten Entsch. des BundG. folgende rechtlich und wirtschaftlich interessante Punkte herausgestellt werden.

1. Bei der Konkurrenz des deutschen und schweizerischen Rechts sind entscheidend die „räumlichen Zusammenhänge" (als mutmaßlicher Parteiwille). Da vorliegend ausdrückliche Vereinbarungen zwischen Bürgen und Gläubiger über das anzuwendende Recht fehlen, so sind die örtlichen Zusammenhänge ausschlaggebend; diese sprechen für die Anwendung des schweizerischen Rechts auf den Bürgschaftsvertrag, da sowohl Gläubiger wie Bürge ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Auf den Darlehnsvertrag ist dagegen das deutsche Recht anwendbar, woraus aber nicht folgt, daß das deutsche Recht auch auf den Bürgschaftsvertrag Anwendung findet, der als selbständiger Vertrag einem besonderen Recht unterstellt ist.

2. In diesem Punkt, wie auch in der weiter erörterten Anwendung des Rechtsgrundsatzes, daß dem Bürgen diejenigen Einwendungen abgeschnitten sind, die sich mit dem Bürgschaftszweck, nämlich der Sicherstellung des Gläubigers, nicht vertragen, steht die Entsch. mit der deutschen Rspr. im Einklang. Der nach Schweizer Recht zur Anwendung kommende Art. 506 OR. enthält allerdings den im entsprechenden § 768 BGB. fehlenden Zusatz, daß der Bürge die dem Gläubiger gegen den Hauptschuldner zustehenden Einreden jenem nur insoweit entgegenhalten kann, als „er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen ist". Die allgemein anerkannte Auslegung der deutschen Bürgschaftsbestimmungen führt jedoch ebenfalls zu dem gleichen Ergebnis, da dem Bürgen solche Rechtsbehelfe des Hauptschuldners versagt bleiben sollen, gegen die nach der Absicht der Vertragschließenden die Bürgschaft gerade Schutz gewähren soll (Staudinger, Komm. z. BGB. § 768 Anm. 3). Nach beiden Rechten geht also kraft der gesetzlichen Ordnung der Sicherungszweck der Bürgschaft ihrem akzessorischen Charakter jedenfalls dann vor, wenn es sich — wie hier bei der deutschen Devisengesetzgebung — um außerordentliche anormale Befreiungsgründe für den Hauptschuldner handelt. Das deutsche Recht läßt eine Haftung des Solidarbürgen, die über die Verpflichtung des Hauptschuldners hinausgeht, zu; diese ist dann keine

kung muß, falls sie besteht, ähnlich wie die teilweise Befreiung infolge Nachlaßvertrages oder Ausstellung eines Verlustscheines als persönliches Privileg des Hauptschuldners angesehen werden, welches die Bürgschaftsverpflichtung nicht berührt.

b) Abgesehen von der gesetzlichen Ordnung müßte die Haftung der Bekl. auch schon auf Grund der konkreten Bürgschaftsverpflichtung bejaht werden.

Die VF. stellt fest, daß i. J. 1925, als die Bürgschaft eingegangen wurde, die Verluste, welche schweizerische Gläubiger während der Kriegs- und Nachkriegszeit in Deutschland erlitten hatten, noch jedermann in lebhafter Erinnerung und die politischen sowohl wie die wirtschaftlichen Verhältnisse noch durchaus unsichere waren, weshalb mit der Möglichkeit neuer wirtschaftlicher Störungen und für diesen Fall auch mit neuen Eingriffen der deutschen Gesetzgebung in die Rechte ausländischer Gläubiger gerechnet werden mußte.

Daraus drängt sich aber die unabweisbare Schlußfolgerung auf, daß ein schweizerischer Gläubiger, der seine Forderung gegen einen deutschen Schuldner durch eine in der Schweiz domizilierte Person oder Firma solidarisch hat verbürgen lassen, sich damit nicht nur gegen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, sondern auch gegen alle anderen Risiken schützen wollte, denen die Forderung in Deutschland ausgesetzt war, also namentlich gegen die Verschlechterung der pplitischen und wirtschaftlichen Lage und die daraus zu erwartenden Eingriffe der deutschen Gesetzgebung in die Rechte der ausländischen Gläubiger. So verhielt es sich offensichtlich auch bei der Bürgschaft der Bekl. für die Forderung der Kl. Diese Annahme wird noch gestützt durch die Tatsache, daß das Geschäft in Goldmark abgeschlossen worden ist, worin ebenfalls der Wille der Kl. zum Ausdruck kommt, die Forderung gegen alle Nachteile zu sichern, die ihr aus der ungünstigen Entwicklung der Verhältnisse in Deutschland erwachsen konnten.

5. Einfluß auf die Hauptschuld. Die Bekl. ist demnach zur Zahlung der verfallenen Zinsen und Tilgungsraten selbst dann verpflichtet, wenn das devisenrechtliche Zahlungsverbot des deutschen Staates die Hauptschuldnerin von ihrer Schuld ganz oder teilweise befreit hat. Daß aber eine solche Befreiung der Hauptschuldnerin überhaupt eingetreten ist, steht damit noch nicht fest.

a) Die VF. erklärt, daß eine inhaltliche Abänderung des Schuldverhältnisses durch die devisenrechtlichen Zahlungsverbote einen Eingriff in die Gläubigerrechte bedeuten würde, der den fundamentalsten Anschauungen der schweizerischen Rechtsordnung, nämlich den Anschauungen über die Sicherheit wohlerworbener Rechte und ihrer Unverletzlichkeit auch seitens der Staatsgewalt widerspräche. Demgemäß stellt sie sich auf den Standpunkt, daß solche mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung unvereinbare Vorschr. vom schweizerischen Richter, der über das Hauptschuldverhältnis zu urteilen hätte, nicht angewendet werden dürften. Aus den gleichen Gründen hält sie dafür, daß eine Unmöglichkeit der Leistung, welche sich aus solchen, den hiesigen Rechtsanschauungen widersprechenden Vorschr. ergeben würde, nicht zu beachten wäre.

Das Bundesgericht schließt sich dieser Auffassung in vollem Umfange an und trägt um so weniger Bedenken, die schweizerische öffentliche Ordnung gegenüber der deutschen Devisengesetzgebung zur Geltung zu bringen, als das LG. und das KG. Berlin ihrerseits die Berücksichtigung der entsprechenden Devisenvorschr. Ungarns ebenfalls abgelehnt haben (JW. 1932, 3773).

b) In Tat und Wahrheit liegt jedoch nach der Auffassung der VF. weder eine inhaltliche Abänderung der Hauptschuld noch Unmöglichkeit der Leistung vor, sondern das devisenrechtliche Zahlungsverbot hat, abgesehen von den verwaltungs- und strafrechtlichen Folgen, nur prozessuale Bedeutung: Der Schuldner bleibt verpflichtet, aber er kann ohne die Genehmigung der Devisenbewirtschaftungsstelle vom Richter nicht zur Zahlung verurteilt werden und auch nach der Genehmigung zu keiner anderen Zahlung, als die Devisengesetzgebung gestattet. Das ist Auslegung deutschen Rechtes, welche das Bundesgericht bindet. Darnach kann das Verbot in der Schweiz keinerlei Wirkung entfalten; denn beim lediglich prozessualen Charakter der Vorschr. ist ihre Anwendbarkeit schlechtweg auf das Gebiet des deutschen Reichs beschränkt. Überdies wäre die Anwendung durch den schweizerischen Richter wiederum wegen der hiesigen öffentlichen Ordnung ausgeschlossen.

(SchweizBundG., 1. ZivAbt., Urt. v. 18. Sept. 1934, abgedr. in Praxis XXIII Nr. 147.)

Ber. von RA. Dr. H. Meyer-Wild, Zürich.

Verbürgung mehr, sondern eine neben der Bürgschaft herlaufende selbständige Schuldverpflichtung (so mit zutreffender Begr.: OLG. Stuttgart: JW. 1934, 306; HöchstRRpr. 1932 Nr. 1296).

3. Es folgt das BundG. der früheren[1]) deutschen Rspr. darin, daß das Devisenzahlungsverbot das Schuldverhältnis nicht inhaltlich ändert oder unmöglich macht, sondern nur eine zeitweise objektive Unmöglichkeit herbeiführt. Eine von dem Gläubiger erhobene Klage wäre demnach wegen des gesetzlichen Zahlungsverbots lediglich als zur Zeit unbegründet abzuweisen. Dieser Ansicht folgend, hält das BundG. mit Rücksicht auf die rein prozessuale Natur der auf das Zahlungsverbot gestützten Einrede des Bürgen ihre Anwendung in der Schweiz schon aus diesem Grunde für unzulässig.

4. Schließlich macht das BundG. noch die grundsätzliche Feststellung, daß die deutsche Devisengesetzgebung als ein „Eingriff" in die Gläubigerrechte zu bezeichnen sei, die mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung — ordre public — unvereinbar sei und daher vom schweizerischen Richter nicht angewendet werden dürfe. Der bekl. Bürge hat hiergegen den Einwand gemacht, daß er doch vom Schweizer Richter nicht die Anwendung der deutschen Devisengesetzgebung, sondern nur die Entsch. verlange, ob diese Gesetzgebung ein tatsächliches Hindernis für die Vertragserfüllung nach Schweizer Recht sei. Diesen Einwand lehnt das BundG. ab, da die deutschen Vorschr. auch in allen ihren Wirkungen als mit der einheitlichen öffentlichen Schweizer Ordnung im Widerspruch stehend nicht berücksichtigt werden dürften.

Die grundsätzliche Feststellung des BundG. soll in ihrer Bedeutung zwar nicht verkannt, aber auch nicht überschätzt werden. Auch das RG. hat sich seinerseits öfter mit der Frage der Anwendung ausländischer Gesetze und Vorschr. in Deutschland befassen müssen. Rechtsquelle für die Entsch. der genannten Art ist hier Art. 30 EGBGB., wonach im allgemeinen ausländische Gesetze in Deutschland anwendbar sind, wenn sie nicht „gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen". Ein solcher Verstoß liegt (gem. RG. 60, 300; 73, 369; 93, 182) dann vor, wenn die „Anwendung des ausländischen Rechtes die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde". Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den Einzelfall bietet aber mancherlei Schwierigkeiten; die Entsch. wird von der Art und Wichtigkeit der in Betracht kommenden Zwecke der inländischen Gesetzgebung, die mit der ausländischen Gesetzgebung bald schärfstens, bald weniger scharf in Widerspruch steht, abhangen. Die überragende Bedeutung der deutschen Devisennotgesetzgebung für die Existenz unserer Volkswirtschaft hat dann das KG. zu der in JW. 1932, 3773 abgedruckten scharfen Abwehrstellung geführt; das KG. hat hier die Anwendung der ungarischen Devisennotgesetzgebung in Deutschland abgelehnt. Auf die durchaus zutreffenden Gründe des KG. wird verwiesen. Das BundG. hat nun jetzt zur Begr. seiner Nichtanerkennung der deutschen Devisennotgesetzgebung in der Schweiz u. a. auf die gleichartige Entsch. des KG. Berlin hingewiesen.

Für die im wirtschaftlichen Interessenkampf miteinander ringenden Staaten legen die Entsch. ihrer höchsten Gerichte oft nicht nur die Rechtsgrundlage für die Prozeßparteien eindeutig klar; sie bilden vielmehr für die verantwortlichen Leiter der Volkswirtschaft eine Plattform, von der aus bestehende Härten genau erkannt und dann durch neue Devisenabkommen oder Erweiterung der bestehenden Abkommen im Rahmen des Möglichen ausgeglichen werden können. Gerade Deutschland und die Schweiz haben diesen Weg der Verständigung bereits mit Erfolg beschritten.

Ein grundsätzlicher Gegensatz zwischen der schweizerischen und deutschen Rechtsordnung dürfte nicht bestehen. Die deutsche Rechtsordnung erkennt wohlerworbene Rechte grundsätzlich an; die Staatsgewalt greift in sie nur dann und so lange ein, als die Selbsterhaltung der deutschen Wirtschaft dies gebieterisch verlangt. Die Notwendigkeit der Devisengesetzgebung in Deutschland ist durch die für die Wirtschaftspolitik verantwortlichen Führer wiederholt unterstrichen worden; ohne die Devisengesetzgebung mit ihren notwendigen Eingriffen in wohlerworbene Rechte würde ein wirtschaftliches Chaos in Deutschland entstanden sein, das die Auslandsgläubiger vor ein Nichts gestellt haben würde. Zudem trifft die deutsche Devisengesetzgebung Inländer und Ausländer in gleicher Weise, worauf KGR. Dr. Scholtz: JW. 1934, 1621 zutreffend hingewiesen hat.

RA. Dr. Balkhausen, Köln.

[1]) RG.: JW. 1932, 2277[4]; neuerdings hat das RG. seine Ansicht gewechselt. Nach RG. 143, 327 ff. besteht ein Leistungsanspruch des Gläubigers nicht, wenn nicht die Genehmigung der DevBewStelle dazu erteilt ist, so daß das Devisenzahlungsverbot den Inhalt des Schuldverhältnisses selbst ändert.

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Carl-Herbert Wechmann, Berlin W 35, Tiergartenstr. 20. — Für die Anzeigen verantwortlich in Vertr.: H. Schlüßler, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. — DA. IV. Vj. 34: 20 875.